

FIGHERA, ORONZIO

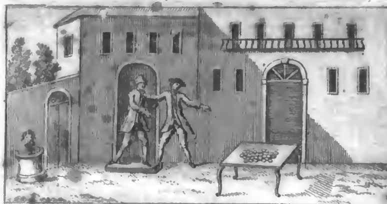
ORONTI FIGHERI

TRACTATVS

DE IVRE CONGRVI

Plenius rogo, quae ad haec spectant, attingas, quotidiana enim sunt.

Paullus lib. X. quaest.



NON VI INIVSTA, SED IVRE

NEAPOLI CIϽIϽCCLXXXV.

APVD FRATRES RAYMVNDOS

Publica auctoritate.



AETERNAE DIVINAE PROVIDENTIAE

QVA

REGVNTVR OMNIA

QVAMPLVRIMA IVRE SPERANTVR

ET

RECTE POSTVLANTIBVS NIHIL DENEGATVR

ORONTIVS FIGHERIVS

QVI

NIHIL AB HOMINIBVS

A DIVIS TVTANTIBVS MVLTA

ET QVOD IPSE EST

TOTVM A DEO SEMPER BENEFICO

ACCEPIT

GRATITVDINI CONGRVENS

HVNC IVRIS CONGRVI TRACTATVM

DEVOTVS

S. F.

ORONTIVS FIGHERIVS
BENEVOLO LECTORI.

S.



Axime optandum eſſet, ne librorum multitudo, qua fere obruimur, vlterius progrediatur. Nemo eſt ſane hiſce noſtris temporibus, qui, vel gloriae cupidus, vel lucri auidus, nouos libellos, ſiue multum, ſiue parum proficuos, immo & aliquando prorſus inutiles, non coacerueт, & cumulatos praelo tradere negligat, eoſdemque ſiue bona, ſiue mala arte diſtrahere non ſtudeat. Ex quo ſcribendi cacoëthe maximum malum in republica litteraria inuectum fuiſſe, nullus inficiatur cordatus homo. Quis enim omnes libros, etſi vnius tantum generis, percurrere poteſt, quum fere infinito ſint numero? Quis in tanta librorum multitudine proficuos ab inutilibus, noxios ab innoxiis ſecernere valet, niſi qui fere libris non indiget? Fructus ex praua librorum electione promanantes ſunt ignorantia & errores. Non tamen a ſcribendo omnes in vniuerſum abſtineant dico; ſunt quidem nonnulli ſapientiae fructus, qui iure, & tempeſtiue deſiderantur: Sunt quaedam ſubſidia, quibus fere in omni litterarum genere nimis indigemus. Sed quum exſcribendi facile ſit negotium, noui vero quid ex-

excogitare, vel saltem inuenta concinnate componere, arduum quibusdam, laboriosumque sit opus; hinc euenit, quod exscriptis superabundamus libris, excogitatis vel congestis ex rebus inuentis, scite selectis laboramus inopia. Scribo & ego quoque, atque multa quidem exscribo, quod in iure abscisse necessarium est, ne summae potestatis offendatur Maiestas; iis nouis paucis exceptis, quae ex inuentis oriri possunt probabilibus interpretationibus. Ast ne furti, vel plagii accusationes substinerem, semper publice sum protestatus cum Iust. Lipsio in *Not. polit. Lib. I. cap.* 1. in litteraria aedificiorum meorum structura lapides & ligna ab aliis saepe me accepisse; materiae tamen delectum, formam, atque colligationem, vtpote meas, semper mihi vindicaui. Architectum me sum professus, sed materiam varie vndique me conduxisse, nunquam sum inficiatus. Inordinate quidem hucusque haud me scripsisse, persuasum minime haberem, nisi librorum meorum exempla in nonnullis quintum expectant, & in nonnullis aliis iam viderunt praelum. Nouum hoc opus de iure congrui, non alium in finem concinnare mihi necesse visum est, quam ad auertenda laboriosissima incommoda, quae in foro nostro quotidie substinent tum causidici in defendendis, quum ipsi inferiores, atque supremi magistratus in definiendis crebris congrui controuersiis, ortis ex interpretatione, atque necessaria adplicatione celeberrimae Fridericianae Constitutionis *Sancimus* sub titulo feudali *de iure protimeseos*, ac neapolitanarum consuetudinum sub tit. *de iure congrui*. Scripserunt quidem non pauci de praelatione, atque retractu ex alienatione rerum immobilium proficiscente, inter quos mea sen-

ſententia principem locum iure occupat Andreas Tiraquellus ſub tit. *de vtroque retractu*; ſed quum eius iuris fundamentum ſit cognatio, ſeu conſanguinitas, quae alienantem, & in alienatione praeferri deſiderantem coniungit, non vero praediorum adhaeſio, quae apud nos *congruum* adpellatur; alterum ab altero iure toto coelo diſtare; nec caecus non videt. Eiuſdemque claſſis eſt Teodor. Reinkingh *de retractu conſanguinitatis*, Petr. Marcell. Corradinus *de praelatione*, ceterique. Inter eos vero, qui de iure ex rebus immobilibus congruentibus proficiſcente tractatum inſtituit, familiamque apud nos ducit, eſt Matthaeus de Afflictis. Et quamuis ipſe poſt Baldum in commentario ad dictam Conſtitutionem *Sancimus*, & poſt Andream Barulum ad *l. dudum Cod. de locat. praed. ciuil.* tractatum ſuum conſcripſerit, omnibus tamen, qui eum praeceſſerunt, immo & ſequentibus, de eodem ſubiecto ſcriptoribus, primatum eripuit. Factum inde eſt, quod ipſe, nedum apud nos, ſed & apud exteras quoque nationes maximae exiſtimationis viri laudes ſit conſecutus. Eiuſdemque optimi interpretis famam adeptus eſt noſter Napodanus ob commentarium in omnes Neapolitanas conſuetudines, ac praeſertim, quae proſtant ſub titulo *de iure congrui*. Vterque tamen an merito & optimo iure, non auſim dicere. Illud dumtaxat ſcio, quod quum magni ponderis habitae fuerint eorumdem ſententiae, ſiue vt melius dicam, opiniones; nil mirum ſi omnes fori noſtri magiſtratus, nec ſupremo S. Clarae Conſilio excepto, in decidendis olim de iure congrui controuerſiis, iuris articulis non ſatis periclitatis, ſola de Afflictis vel Napodani auctoritate confiſi, alterumue eorum inconſulto ſequentes, non ſemper

per

per rectas controuersiarum pronunciarint definitiones. Tantum tamen insequentibus illuminatis temporibus non emicuit spectata fides de Afflictis, & Napodani, vt caeco impetu moreque pecudum ducerentur iudicantes ad eorundem sequendas opiniones; sed iuris controuersiis maturius ad trutinam reuocatis, oppositae primis merito natae sunt nostrorum tribunalium secundae decisiones. Vnde inter nouas, & antiquas talis insurrexit conflictus, vt inter sese mutuo destruentes, vim legis amiserunt, qua fruebantur olim. Saepe saepius se, aliosque deceperunt de Afflictis, atque Napodanus, multosque iuris articulos, vel non dum in controuersiam deductos, vel adhuc non excogitatos, illoto pede vtrumque pertransiisse, tractatus hic noster patefaciet, atque meridiana luce clarius demonstrabit, qui praecipuus huiusce mei laboris fuit scopus. Illud tamen super omnia te precor, beneuole Lector, ne breuem hunc librum pauca hinc secum continentem credas. Scias quaeso, me nihil a iure congrui extraneum immiscuisse, vt mos est nonnullorum, praesertim Pragmaticorum, qui ad augendam librorum molem multissima extraria cum principali scribendi obiecto, confundere solent. Multas vel DD. auctoritates, vel fori cuiuscunque decisiones non coaceruaui; sed dumtaxat ea exaraui legum argumenta, quae ad praepositas quaestiones illustrandas, definiendas, atque confirmandas mihi necessaria visa fuerunt. Lege, iudica, & credes. Vale.

IN-

INDEX
TITVLORVM.

INDEX RERVM NOTABILIVM.

Prior numerus pag. posterior §. denotat.

A

a

Do-

E

F

— hao-

tuo

Prae-

Prin-

S

T

ORONTII FIGHERI

TRACTATUS

DE IVRE CONGRVI.

CAPVT I.

De denominatione, & origine iuris congrui.

SVMMARIVM.

1. *Ordinata tractatio exordienda ab originatione nominis.*
2. *Diversae iuris congrui denominationes.*
3. *Quae sit vera huiusce iuris denominatio?*
4. *Refellitur opinio Tiraquelli de origine vocis congrui.*
5. *Iuris congrui origo non ex Lege Mosaica.*
6. *Neque a iure Romano repetenda.*
7. *Quodnam ius praelationis Romanae leges concesserint, & inde abrogaverint?*
8. *Eius abrogati iuris testimonium.*
9. *Iuris congrui origo Graeca.*
10. *Cui Friderico Constitutio de iure protimeseos adscribenda?*
11. *Cur non Friderico II.?*
12. *Sed Friderico I. Barbarossae?*
13. *Quomodo hoc demonstratur?*
14. *Recta Constitutionis lectio. Sequuntur prooemium, & Constitutio: inde addita a Matthaeo de Afflictis & Carolo Tapia: Tandem consuetudines Neapolitanae.*



IVs, de quo acturi sumus, nedum *congrui* dictum est, sed multiplices alias quoque tum a scriptoribus, quum a populorum placitis accepit denominationes, quae in ipso commentarii aditu considerentur oportet. Monet enim Aristoteles *Lib. I. post. c.* 4. nomen in vsu rerum primum esse intelligendi principium. Nec IC. Vlpianus vllam sine praeuia nominis originatione suscepit tractationem, vt ex *L.* 1. *D. de I. & I. &* ex *L.* 1. *D. de reb. cred.*

2. Dictum est autem I. προτιμήσεως, *protimeseos*, vt legendum putat Car. Molinaeus *in consuet. Parisiens. tit.* 1. §. 42. *col.* 6. Cui addere liceat Constantinum Harmenopulum *in Epit. iur. civ.* qui *lib.* 3. eius operis hunc titulum inter alios praefixit περὶ προτιμήσεως. (et rectius quam προτομίξεως, aut προτομυξεως, *protomixeos*, corrupte vero προτομισεως, *protomiseos*) h. e. ius praelationis: apud Graecos enim προτιμῶ, *protimeo*, idem sonat, quod apud La-

tinos

ORONTI FIGHERI
TRACTATUS
DE IVRE CONGRVI.

CAPVT I.

De denominatione, & origine iuris congrui.

SVMMARIVM.

1. *Ordinata tractatio exordienda ab originatione nominis.*
2. *Diversae iuris congrui denominationes.*
3. *Quae sit vera huiusce iuris denominatio?*
4. *Refellitur opinio Tiraquelli de origine vocis congrui.*
5. *Iuris congrui origo non ex Lege Mosaica.*
6. *Neque a iure Romano repetenda.*
7. *Quodnam ius praelationis Romanae leges concesserint, & inde abrogaverint?*
8. *Eius abrogati iuris testimonium.*
9. *Iuris congrui origo Graeca.*
10. *Cui Friderico Constitutio de iure protimeseos adscribenda?*
11. *Cur non Friderico II.?*
12. *Sed Friderico I. Barbarossae?*
13. *Quomodo hoc demonstratur?*
14. *Recta Constitutionis lectio. Sequuntur prooemium, & Constitutio: inde addita a Matthaeo de Afflictis & Carolo Tapia: Tandem consuetudines Neapolitanae.*



IVs, de quo acturi sumus, nedum *congrui* dictum est, sed multiplices alias quoque tum a scriptoribus, quum a populorum placitis accepit denominationes, quae in ipso commentarii aditu considerentur oportet. Monet enim Aristoteles *Lib. I. post. c.* 4. nomen in usu rerum primum esse intelligendi principium. Nec IC. Vlpianus ullam sine praeuia nominis originatione suscepit tractationem, ut ex *L. 1. D. de I. & I. &* ex *L. 1. D. de reb. cred.*

2. Dictum est autem I. προτιμήσεως, *protimeseos*, ut legendum putat Car. Molinaeus *in consuet. Parisiens. tit.* 1. §. 42. *col.* 6. Cui addere liceat Constantinum Harmenopulum *in Epit. iur. civ.* qui *lib.* 3. eius operis hunc titulum inter alios praefixit περὶ προτιμήσεως. (et rectius quam προτομίξεως, aut προτομύξεως, *protomixeos*, corrupte vero προτομίσεως, *protomiseos*) h. e. ius praelationis: apud Graecos enim προτιμῶ, *protimeo*, idem sonat, quod apud Latinos

tinos praefero, promiscue tribuo partes. Adpellatum est II. ius *praecludendi*, quasi quae personae in alienatione praeferuntur, aliis ad rem habendam viam praecludunt. Vocitatum est III. ius *retractus*, vel *recomprae*, aut *recuperae*, h. e. facultas retrahendi, siue reemendi, aut recuperandi rem distractam, competens ei, qui in alienatione praeferendus erat. Eodemque sensu dictum est IV. ius *oblationis* vel *praesentationis*, nempe ius offerendi pretium ei, qui extraneo vult alienare, vel praesentem pecuniam numerandi extraneo, qui rem alienatam accepit.

3. Descriptae tamen similesque voces genericae sunt, designantque praelationem, atque retractum, qui ex diversis fontibus manare potest. Etenim in alienatione alicuius rei immobilis praeferendus est aliquis vel ex conuentione, *L. 75. D. de contr. empt. L. 21. §. 5. D. de act. empt. L. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* vel iure crediti, *L. 16. D. de reb. auct. iud. poss.* aut directi dominii, *L. 3. C. de iur. emph.* vel coniunctione sanguinis, *d. L. 16.* vel vicinitatis ligamine; & ni praeferatur, instituta retractus, siue *recomprae* actione, ex iure praelationis proficiscente, rem alienatam consequetur. Ius autem praelationis, a Friderici Constitutione concessum, a coniunctione praediorum proficiscitur; vnde specifice loquendo potius *congrui* nomine, quam alio quouis vocabulo designandum est: vox enim *congrui* a praepositione *con* descendit, quae in compositione *cum*, h. e. *simul* denotat, & verbo *gruere*, quod gruum proprium est; quia id genus volucrum minime solivagum est, siue quum volant, siue quum pascuntur, Matth. Martin. *in Lexic. philol. & etymol. v. gruo* & *congruo*. Hinc congruere idem sonat ac simul venire, simul adesse. Adposite Terent. *Eun. V. 8. vers. 2.*

. . . . Nam in me plane Dii potestatem suam
Omnem ostendere, cui tam subito tot congruerint commoda.

4. Aliunde tamen vocem *congrui* in re praesenti deducit Andr. Tiraquellus *in Praef. comm. de vtroq. retract. n. 3.* nempe ex *L. Congruit 4. C. de locat. praed. ciuil. Lib. XI.* vbi haec leguntur verba: *Congruit aequitati, vt veteres possessores fundorum publicorum nouis conductoribus praeferantur.* Vnde ipse Tiraquellus subdit: *sunt enim qui in ea lege pro nostra consuetudine adferunt, tamquam scilicet non dissimiliter hic congruat, vt consanguineus extraneo praeferatur.* (loquitur enim de retractu gentilitio, a consuetudine Galliae proficiscente). *Et ego*, prosequitur, *persancte deierare ausim, eam iuris congrui adpellationem illinc esse desumptam.* Recte quidem Tiraquellus, qui edisserebat de retractu mere gentilitio, nonnisi ob aequitatem consanguineis concesso. Non ita tamen sentiendum de retractu proficiscente ex praediorum coniunctione, vt opinati sunt reliqui huiusce iuris scriptores, auctoritate Tiraquelli in hac re abutentes. Et quidem, si ad sensum eorum verborum *congruit aequitati*, respicere velimus, nil aliud sonant, quam aequitati conuenit, cum aequitate iunctum, ab aequitate longe non est. Quod licet metaphorice di-

dicatur, tamen nouum non est, ita nos loqui in rebus moralibus ob defectum vocabulorum propriorum, quippe fere ad corpora pertinentium. Ad rem igitur propius accedimus, quum vocem *congrui* in iure, de quo agitur in Constitutione Friderici, a coniunctione praediorum deducimus, quam ab eo quod aequitati conuenit finitimos possessores distitis praeferri. Haec autem de vocis etymo, nunc ad congrui originem descendamus.

5. Qui ius, de quo edisserimus, indiscriminatim *praelationis*, *retractus*, vel *congrui* nominant, ab institutis reipublicae Hebraeorum illud deducunt. Moyses enim *Leuit. XXV.* 25. facultatem tribuit propinquo cuiuslibet venditoris redimendi terram, extraneo venditam: *si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, & voluerit propinquus eius, potest redimere, quod ille vendiderat*; concordat textus *Ruth IV.* 4. & *Ierem. XXXII.* 7. Sed quum redemtionis ius, de quo fit mentio in sacris chartis, ex consanguinitate proficisceretur, non vero ex praediorum coniunctione, tam ab alto iuris congrui origo repetenda non est.

6. Neque ea ex legibus Romanis deduci valet. Scimus namque, vsque ad initium saeculi II. Aerae christianae nullum praelationis ius in alienatione bonorum, nec etiam coheredibus, concessum fuisse. Testem de hac re habemus Plinium, qui extraneo emtori vendidit quincuncem partem agri hereditarii testamento sibi delatam: hinc *Lib. VII. ep.* 11. scripsit: *superest, vt coheredes aequo animo ferant, separatim me vendidisse, quod mihi licuit omnino vendere.* Et licet Antoninus Pius, qui circa medietatem eiusdem saeculi II. imperauit, praelationem in bonis debitoris primum consanguineis, inde creditoribus tribuerit, *L.* 60. *D. de pact.* praelatio tamen isthaec, neque ex coniunctione praediorum proficiscebatur, neque in alienationibus voluntariis exercere fas erat. Immo Pomponius in *L.* 61. *eod.* nullum dicit esse pactum de non alienando praedio, vicino inuito.

7. Concessum quidem postea fuit cognatis & consortibus, vt in emtione venditione extraneis praeferrentur. Sed diu hoc ius non stetit; abrogatum enim fuit ab Impp. Valentiniano, Theodosio, & Arcadio, *L.* 14. *C. de contr. empt.* vbi scripserunt: *Dudum proximis consortibusque concessum erat, vt extraneos ab emptione remouerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent.* Quando autem haec facultas praelationis in iure Romano pro cognatis & consortibus constituta fuerit, non satis adparet; immo Hotomannus *Comm. de V. S.* verb. *Retractus*, ridendos putat eos, qui ex *d. L.* 14. ius hocce colligendum adserunt. Sed quum ipse nullam opinionis suae adferat rationem, magis est, vt Iacobo Gothofredo ad *L.* 7. *C. Theod. de contr. empt.* adsentiamur, tempore Constantini M. aut circiter eiusmodi praelationis legem fuisse latam. Nam paulo ante contrariam adhuc obtinuisse, testatur *L.* 3. *C. de comm. rer. alien.* quae Diocletianum habet auctorem.

8. Ex Simmaco quoque abrogatum ius praelationis deducit idem Gothofredus *l. c.* Simmachus enim *Lib.*

IX. epist. 47. scribens ad Leonem Imperatorem, meminit προτιμήσεως, *protimeseos*, quam aliquis iure consortii exercere volebat; quod quidem factum non fuisset, nisi illud praelationis Ius aliquando in iure Romano obtinuisset. Igitur *d. L.* 14. reditum fuit ad ius vetus, quo liberum erat vnicuique sine cognationis, vel consortii respectu rem suam ei vendere, qui magis placeret. Animaduersione autem digna sunt verba, in ipsius legis fine descripta: *Nisi lex specialiter quibusdam personis id facere prohibuerit*; quae quidem in Theodosiano Codice haud leguntur. A Triboniano hinc adiecta tenendum, ne simul abrogatas putaremus ceteras leges supra memoratas, quae praelationis ius concedunt, & praesertim quod tribuitur a *L. vn. C. non licer. habitat. metroc. loca. sua ad extr. transf.*

9. Non aliunde autem iuris congrui origo deducenda est, quam ex Nouella Constitutione *de iure protimeseos* Romani Lecapeni, qui Orientale imperium administrauit sub Constantino VII. Porphyrogenneta paulo post initium saeculi X. Iussit autem Lecapenus, cognatos primum consortes, veluti fratres, qui paterna praedia pro diuiso aut pro indiuiso possident, extraneis in emtione eorumdem praediorum praeferri; post cognatos consortes praeferri socios; deinde qui rem communem habent citra societatem; tum eos qui communi census vinculo tenentur, licet non eodem loco censum exoluant; postremo vicini & confines. Hos omnes denunciatos voluit, priusquam res vendita extraneo traderetur, eisque praesentibus, mensis spatium concessit ad pretium numerandum, absentibus vero quadrimestre, si nunciarentur eorum procuratores; nunciatione enim omissa, per decennium ius offerendi pretium perseuerare mandauit. Ex praefata autem Orientalis Imperii Graeca Lege desumtam fuisse celeberrimam Constitutionem *Sancimus, tit. de iure προτιμήσεως, protimeseos*, non immerito autumat Cuiacius, quum inter vtriusque tenorem parum & fere nihil intercedat discriminis.

10. Quis autem Imperator Fridericus inter plures eiusdem nominis sit auctor huius Constitutionis *Sancimus*, inter doctos non conuenit; quia in rubrica simpliciter Friderici sine determinatione numeri fit mentio; deest quoque dies, Consul, & locus. Hinc Matth. de Afflictis ad *d. Const.* §. *scriptum est n.* 1. & Cardinalis de Luca *de Seruit. disc.* 68. opinantur, Friderico II. tribuendam esse; eo forsan ducti rationis momento, quod Fridericiana Constitutio seruatur in vtroque Siciliae Regno, cuius dominium primum Friderico II. tamquam Constantiae filio, & Rogerii Siciliae Regis I. nepoti, iure successionis obuenit.

11. Istorum autem opinio inde nata videtur, quod hanc Constitutionem vim legis scriptae apud vtrosque Siculos obtinere crediderunt; quum ea nonnisi ex consuetudine nos teneat. Etenim si scripta lex fuisset, cum ceteris Friderici II. in tribus huius Regni Constitutionum libris eam collegisset Petrus de Vineis. Et licet in scripturam redacta legatur in recentioribus codicibus legum huius Regni,

ta-

tamen nonnisi inter Capitula Regis Roberti collocata conspicitur; idque factum fuisse credendum; quod tunc temporis, dum Capitula eius Regis a Bartholomaeo de Capua collecta fuere, vim consuetudinis Fridericiana Constitutio iam nacta erat.

12. Verosimilius hinc videtur huius Constitutionis auctorem fuisse Fridericum I. Barbarossam dictum. Ex historiis namque rerumque vsu patet, Imperatorem, Regemue cuiusque nominis primum sine determinatione ita simpliciter fuisse adpellatum, donec secundus vel tertius eiusdem nominis ad imperialem, regalemue Maiestatem eueheretur; tunc enim ferae posteritatis memoria numero eosdem discernere consueuit. Sic Maximilianus I. dum viueret, & quandiu synonymum successorem non habuit, non fuit denominatus primus, vt adparet ex principio aliquot Recessuum Imperii de anno 1495. 1500. & 1507. Sic quoque apud nos Ferdinandus Aragonensis Alphonsi naturalis filius tunc dictus est primus, quum ad regale fastigium eius nepos Ferdinandus II. peruenit; quod & de ipso Alphonso verum est. Et si tempora antiqua respicimus, in Gordianis, Constantinis, Valentinianis, Theodosiis, Leonibus, Constantibus, & ceteris obseruare licet.

13. Ad hanc firmandam opinionem alterum accedit argumentum, ex eo desumtum, quod in corpore iuris, vbi Constitutio haec refertur, aliae sequuntur Constitutiones, quibus talis praemittitur inscriptio: *Constitutiones Friderici II. incipiunt*. Ergo verisimile videri debet, praecedentes sanctiones non Fridericum II. sed Primum, qui illius fuit auus, habere auctorem.

14. Fridericiana isthaec Constitutio de iure προτιμήσεως vnica est in textu vulgari extrauagantium consuetudinum feudalium, quae incipit *Sancimus*, eademque voce desinit. Sed apud Dionysium Gothofredum in *lib. V.* consuetudinum feudalium in duas partes scissa legitur, quarum prima reposita est in *Tit. XIII.* atque initium sumit a verbo *Sancimus*, & finem ponit in verbo *fisco*; altera in *Tit. XIV.* & exorditur a dictione *Quum omnibus*, & expletur voce *Sancimus*. Sed qui attente vtramque partem intuetur, negare haud poterit, secundam aliud non esse, quam prooemium partis primae. Vtramque hoc loco exscribendam duximus, nedum vt proposita veritas pateat, sed etiam vt earum rerum, quae in hoc commentario dicenda sunt, facilior sit intellectus. Addentur quoque, quae noster Matth. de Afflictis, & Regens Carol. Tapia ex testimonio priuati incertique auctoris textui huius Constitutionis addiderunt. Animaduersione tamen dignum est, omnia quidem, in Constitutione descripta, apud nos seruari; non omnia vero, quae in additione praedicta recensentur, vt suis locis adnotabimus.

PROOE-

PROOEMIVM CONSTITVTIONIS FRIDERICIANAE.

QVum omnibus hominibus, qui legibus reguntur & moribus, praeceptum esse constet, ius suum cuique tribuere, nec cuiquam ius suum detrahere, libertatis procedente gratia, qua naturaliter quod cuique facere libet, nisi quid vi aut iure prohibetur, est concessa facultas; res suas vnicuique liberum esse aut propter nuptias donationis, aut dotis, aut simplicis donationis, aut cuiuslibet alienationis, aut vltimae voluntatis dispositionis caussa siue testamentario iure in alium transferre, non est ambigui iuris. Sed quoniam & iure praecipitur, honeste viuere, alterum non laedere, ne hi qui cognatione, vel communione, vel aliquo propinquitatis modo eorum qui vendunt vrbanis rusticisue praediis adhaerendo ab his, qui intromisceantur, laedantur, vel aliter ipsa venditione impediantur, iure *προτιμήσεως* praeferri sancimus.

Hucusque Constitutioni praeludium, quod in *Tit. XIV.* reposuit Gothofredus, sequitur nunc ipsa Constitutio, siue, vt pragmatici loqui amant, Constitutionis dispositiua, quae reposita est apud eumdem Gothofredum in *Tit. XIII.*

FRIDERICIANA CONSTITVTIO.

SAncimus a modo in omni prouincia, & in omni ciuitate, si quis ex parentela habeat communem agrum, domum, vel vineam, vel rem immobilem diuisam, vel indiuisam, aut ex communi emptione, vel aliquo huiusmodi titulo, vel aliquo alio modo coniunctim, & voluerit alienare supradictas res per venditionem, vel emphyteusim, vel locationem, non antea liceat ei alienare, quam denunciauerit illis, quos vocauimus per ordinem in ius *προτιμήσεως, protimeseos.* In primis vocentur parentes, qui sunt coniuncti; post hos socii, post hos illi, qui sunt coniuncti, etiamsi extranei sint; post

post hos vocentur omnes, qui sunt sub vno seruitio, & qui sunt coniuncti ex aliqua parte. Sin autem plures sint in iure προτιμήσεως, *protimeseos*, omnibus denuncietur, vt intra triginta dies soluendo pretium iustum sine mora, aut quantum quiuis emptor sine fraude dederit, vnusquisque suam portionem accipiat. Verum si intra statutum terminum iustum pretium non soluerit, de cetero non habebit ius προτιμήσεως, *protimeseos*, nisi quis eorum erat in captiuitate, vel deportatus, vel in exilium missus, vel absens Reipublicae caussa; aut ex propria sua caussa, vel minor vigintiquinque annis. Et licet isti fuerint absentes ex iusta caussa, tamen tutores eorum, vel curatores, vel procuratores, vel defensores intra quatuor menses debent venire, & soluere iustum pretium cum legitimis vsuris, & expensis necessariis, & accipere ius προτιμήσεως, *protimeseos*, & extraneos emptores omnimodo expellere; & si neglexerint hoc facere, sarcient de propriis suis quidquid incommodi habuerint. Licet autem supra diximus, omnes vocari ad ius προτιμήσεως, *protimeseos*; tamen si probatum fuerit, quod atroces iniurias, vel manus impias venditori, vel eius familiae intulerint; vel ipsius substantiae grauem iacturam moliti sunt, vel contra eius vitam nisi sunt: omnes isti nullo modo sine voluntate venditoris ad ius προτιμήσεως, *protimeseos*, veniunt. Ex caussa tamen dotis, vel donationis propter nuptias, vel simplicis donationis, vel donationis caussa mortis, vel ex testamento, permutatione, transactione, & parentes, & extranei omnes possunt alienare, nisi quis vendendo, vel locando ei, qui non habuit ius προτιμήσεως, *protimeseos*, simulate donauerit, vel legatum dederit. Ideoque illi, qui habent ius προτιμήσεως, *protimeseos*, possunt exigere iuramentum a venditore, & emptore: & post iuramentum, si probatum fuerit, contra Constitutionem nostram simulate hoc fecisse venditorem, & emptorem, rem, & pretium perdent, & Fisco adplicabitur. Fiscus autem vendet rem illam illis, qui habent ius προτιμήσεως, *protimeseos*. Sed si ante iuramentum probatum fuerit, hoc eos fecisse, venditio erit irrita, & venditor cogetur

getur inuitus vendere illis, qui habent ius προτιμήσεως, *protimeseos*. Prohibemus autem potentiores personas aliquid accipere praetextu adoptionis, vel donationis simplicis, aut caussa mortis, ex testamento, vel ex vsucapione, aut sub praetextu defensionis, nisi forte parentes fuerint. Potentiores autem dicimus, qui non tantum per se, sed etiam per propinquos possint inferre timorem alienatoribus, aut promissionem beneficii. Quod si aliquis ex potentioribus hoc praesumpserit facere, sit alienus ab illa re, & aestimationem illius rei praestet Fisco. Transcurso tamen decennio sine denunciatione, nulla de cetero moueatur controuersia illis, qui possident ex aliquo contractu, vel ex donatione, vel ex testamento ab illis, qui habent ius προτιμήσεως, *protimeseos*, vel etiam Fisco.

SEQVVNTVR ADDITA A MATTHAEO DE AFFLICTIS, ET CAROLO TAPIA.

SCriptum est enim Graecorum legibus de iure protomiseos, vbi dicitur de termino, & fine eius, qui ius ipsum habet; videlicet quod illi, qui in circuitu sunt confines secundum illam propinquitatem, quam ipsi habent, & prope sunt in venditione coniuncti, victoriam ipsius venditionis habeant. In tali itaque ordine, vt qui habent ipsam protomisim, & non sunt in ipsa terra, sed in alia, habeant in venditione protomisim infra vnius anni spatium; post annum vero nullam protomisim habeant. Sin autem sint in ipsa terra, vel in ipso loco, habeant protomiseos, victoriam vsque ad quatuor menses: ita tamen si fuerint a venditoribus sollemniter requisiti, & non renunciauerunt emere. Item de ipsa protomisi in alio Graecorum Capitulo continetur, vt qui habent protomisim a tribus partibus, illorum potior sit venditio, & vna pars nihil ibi habeat. Quod si habeant a duabus partibus, collatione facta, recipiant eam omnes, sicuti propinquitatem habent. Si autem domum prope castrum habeant, ipse eam habebit, qui protomisim per castrum ha-

habet; & non illi, qui ipsam protomisim per parietem habent. Est autem de generali consuetudine adprobatum, quod tria sunt, quae protomisim non habent, scilicet via publica, Ecclesia, & Curia.

Quamuis autem nobis id vnum primo propositum fuerit, Fridericianae nempe Constitutioni hoc nostro tractatu commentarium concinnare; tamen quum Neapolitanae consuetudines sub titulo *de iure congrui* & expositione non minus, quam Constitutio indigeant, & in frequentissimis praediorum huiusce ciuitatis distractionibus maxime in vsu versentur, huic labori nostro coronidem texere non immerito inde existimauimus, si in calce cuiusque capitis adpendicis loco commentariolum ad praefatas consuetudines adcommodaremus, vt nedum prouincialibus, sed & metropolitanis congrui controuersiis dirimendis commentarium hocce nostrum inseruire valeat. Qua de re, quum in Capite praesenti textum Constitutionis iam adtulerimus, illum consuetudinum subnectere propositum nostrum iure nunc expostulat.

CONSVETVDINES NEAPOLITANAE.

I.

Si quis emit domum, fundum, vel terram, vel aliam rem immobilem collateralem domui, fundo, vel terrae alicuius, emptor tenetur infra annum vnum, numerandum a die scientiae illius habentis domum, fundum, vel terram collateralem ex lateribus ipsi rei emptae, rem ipsam emptam, si eam possidet, praecise absque alterius praestatione interesse dare, prout appretiata fuerit per appretiatores Neapolis, ipsi habenti domum, fundum, vel terram collateralem, ipsamque infra annum petenti praedictum. Verum si duo sunt collaterales, vnus ex latere vno, alius ex latere altero, ambo possunt iure praedicto petere ab emptore eodemque possessore, eiusque tantum vniuersali successore domum, fundum, vel terram ipsam, quilibet videlicet pro medietate, non habita distinctione magnitudinis possessionum alterutrius ex ipsis habentibus domos, fundos, vel terras collaterales rei emptae.

II.

Vbi domus, fundus, & terra, quae venduntur, habent latera iuxta quae est via publica, terra Ecclesiae, vel terra alicuius rustici, siue habitatoris Neapolis, qui non sit liberae conditionis, sicut communiter alii ciues Neapolitani, tunc habentes domos, terras, vel fundos a capitibus ipsius rei emptae possunt petere rem ipsam emptam iure congrui ab emptore eodemque possessore, eiusque vniuersali successore, cum rustici, & alii non liberae conditionis homines, & Ecclesiae, praedictum ius congrui contra ciues Neapolitanos pro terris, fundis, & domibus emptis, vbicunque Neapoli, & in territoriis eius sitis, contra ciuem & habitatorem ciuitatis Neapolis exercere non possunt. Ciues autem contra ipsos rusticos ius ipsum possunt libere exercere.

III.

Si Ecclesia emat domum, fundum, vel terram, non potest aliquis ratione congrui aliquid iuris petere in re ipsa empta; & e conuerso Ecclesia non potest petere siue impetere aliquem ratione congrui pro domo, fundo, vel terra empta ab aliquo habente domum, vel terram collateralem domui, fundo, vel terrae Ecclesiae.

IV.

Si ex vno latere fundi, terrae, vel domus emptae sint possessiones diuersarum personarum, & ex alio latere rei emptae sit vnus tantum, qui domum, fundum, vel terram collateralem possidet, ille vnus, qui solus possidet de vno latere, integram medietatem totius ipsius rei emptae petere potest iure congrui praedicti, & alii diuersi possessores, qui sunt ex alio latere, petere possunt iure praedicto reliquam medietatem rei emptae, quilibet videlicet pro ea parte, quae est iuxta domum, fundum, vel terram suam; verum si vnus tantum de collateralibus pro parte sua velit ius congrui exercere, aliis coniunctis & collateralibus subsistentibus, & nolentibus, emptor potest ipsum exercentem ius excludere, nisi totam domum, fundum, vel terram em-

emptam velit iure praedicto habere appretiatam per appretiatores, vt superius dictum est.

V.

Si quis habet domum inferiorem solo immediate coniunctam, & alius habet domum superiorem supra ipsam domum inferiorem constitutam, & eorum aliquis domum suam vendat, siue habens inferiorem, siue habens superiorem, alius, qui non vendit domum suam, potest iure congrui ab emptore ipsam petere, exclusis habentibus domos coniunctas ex lateribus, & capitibus. Insuper si quis habet domum communem pro indiuiso cum aliquo, & partem suam vendat, tunc alius, qui partem suam non vendit, potest iure congrui ab emptore alterius partis, partem ipsam petere, exclusis omnibus aliis, & idem in fundis, terris, & aliis rebus immobilibus.

VI.

Si domus habeat tria membra, siue solaria, siue plura, vnum supra aliud, etsi diuersorum dominorum, & vnus ipsorum dominorum vendat suum solarium, emptor tenetur ipsum solarium emptum iure congrui dare habenti solarium proximum ex parte inferiori ipsi solario vendito, vt si sint tria solaria, & vendatur solarium medium, habens domum inferiorem, & solo contiguam, ius congrui pro solario medio vendito exercere potest, excluso habente extremum solarium, quod superius constitutum est. Et similiter si vendatur solarium extremum, supra quod solarium aliud solarium non est, habens medium solarium ius congrui poterit tantum exercere, cum ipsum solarium medium, sit immediate proximum dicto solario vendito, etsi vendatur solarium infimum, ille, qui habet solarium supra ipsum immediate, possit illud iure congrui petere.

CAPVT II.

De iure congrui in genere, & de praelatione ac retractu ex congruo promanante.

SVMMARIVM.

1. *Ratio ordinis.*
2. *Ius congrui quid, & quid retractus.*
3. *Discrimen inter praelationem, & retractum.*
4. *Finis ab interpretibus Constitutioni adscriptus refellitur quatuor argumentis.*
5. *Verus Constitutionis finis exponitur, & ex communione praelationem proficisci demonstratur.*
6. *Et perseuerare etiam soluta communione.*
7. *Proficiscitur haec praelatio ex communione praesumpta.*
8. *Socialis communio non praesumitur.*
9. *Communio praesumitur inter eos, qui sunt sub eodem seruitio; & quinam hi sint.*
10. *Praesumitur communio inter eos, qui confinia praedia possident.*
11. *Praesumptio isthaec vnde desumenda.*
12. *Soluitur obiectio contra huiusce praesumptionis fundamentum.*
13. *Huiusceemodi praesumptiones sunt iuris & de iure.*
14. *An haec Constitutio Fridericiana sit fauorabilis vel odiosa.*
15. *Diuersae interpetrum opiniones recensentur.*
16. *Et refelluntur statuto Constitutionis fauore.*

1. VT recta huius Fridericianae Constitutionis habeatur interpretatio, primum omnium oportet, iuris congrui, atque ex hoc promanantis retractus exposita natura, ipsius Constitutionis inuestigare finem, qui in omni lege vis & spiritus eius adpellatur; adeo vt, eo deficiente, & Constitutionem siue legem ipsam deficere, pro comperto habemus. Aliorum vestigia in hacce re peragenda haud sequemur; immo quantum interpretes omnes, hunc finem inuestigantes, a veritate aberrauerint, demonstrabimus: sententiam inde nostram, quam nemo hucusque attigit, proponemus; atque apertissimis confirmabimus argumentis.

2. Ex coniunctione sane praediorum aliarumque immobilium rerum proficiscitur ius congrui; quod recte definiri potest: *praelatio competens possessori rei immobilis super re immobili coniuncta quibusdam contractibus distrahenda*. Quum igitur statutum sit, possessorem rei immobilis praeferendum esse in alienatione rei immobilis coniunctae, in propatulo est, huiusceemodi res alienari non posse, priusquam coniunctae rei possessor vel expresse, vel tacite iuri suo renunciauerit; quod si secus factum fuerit, licebit ei, instituta retractus actione, vindicare rem contra ius praelationis alienatam, a quocunque possessore. Est autem retractus ex iure congrui promanans: *facultas competens confini possessori retrahendi rem immobilem, contra ius legitimae praelationis distractam*.

3. Hucusque dicta vera & plana sunt, nec ceteri huiusce Constitutionis interpre-

pretes in rebus praefatis a nobis divertunt; nisi quod res ipsas non ita explicite omnes proponunt, sed praelationem nonnulli a retractu non discernentes, caussam, quae est praelatio, cum effectu, nempe cum retractu saepissime confundunt. Agnouit autem hanc differentiam Petr. Marcell. Corradinus *de iur. praelat. q. 1. n. 1.* hinc scripsit: *Ego vero dico, quod praelatio est ius emendi vel habendi rem alteri venditam, vel alio aequivalenti titulo datam pro aequali pretio & cum iisdem pactis & conditionibus intra tempus a lege definitum*, Gallerat. de renunciat. cent. 1. renunc. 42. n. 2. *qui licet dixerit esse ius redimendi siue redhibendi, tamen in hoc errasse crederem, dum vere praelationem petens, non redimit, sed emit, & in locum emptoris subrogatur, & tunc demum praelatio competere incipit, quando venditio stabilita est inter emptorem & venditorem, & res nondum tradita est, vt in q. 24. quaest. 1. Ius retractus est facultas quaedam redimendi rem immobilem per venditionem alienatam intra certum tempus pro aequali pretio, certis personis specialiter concessa.* Et clarius ibid. *n. 2. praelatio tunc competere incipit, quando venditio stabilita est sine traditione; retractus vero non competit, re simpliciter vendita, nisi facta consignatione, siue rei traditione cum effectu.* Tiraquellus *de retr. lignag. gloss. 2. §. 1. n. 40. in fin.* Capycius Latro *d. consult. 8. n. 21. & seq.*

4. In inuestigando vero huiusce Constitutionis fine caecutierunt cum Glossa *in L. quod saepe 35. §. fin. D. de contrah. empt.* omnes, quotquot hucusque nouimus, interpretes. Ipsi enim consensu tenent, non alium in finem praelationem hanc tributam fuisse finitimis praediorum possessoribus, quam ad auertenda incommoda, quibus ipsi a nouo forsan malo praedii distracti possessore afficerentur. Sed quantum a veritate aberrent, qui hunc finem Constitutioni adscribunt, sequentia patefacient argumenta.

(I.) Quum omnibus finitimis praedii distrahendi possessoribus aeque intersit malum non habere vicinum, omnes eodem tempore super distrahendo praedio praelatione frui deberent. Constitutio vero non omnes simul, sed primum parentes, postea socios, inde ceteros finitimos possessores ad praelationem successiue admittit. Igitur non excluditur extraneus, quia forsan malus, sed ex alia quidem caussa, quam inferius indicabimus.

(II.) Malus vicinus nedum haberi poterit in nouo possessore, qui distrahendo praedio nullum praedium coniunctum possidet, verum etiam in eo, qui ex altero praedii distrahendi latere confine praedium tenet; vel vicinus igitur excludendus quoque; vel extraneus admittendus erit.

(III.) Ipsi interpretes in eo consentiunt, quod vicinus nedum contra extraneum, sed etiam contra alium praedii distracti vicinum valeat retractum exercere. Etenim si fingamus, duos distrahendo praedio congruere, & alterum eorum integrum praedium sibi comparasse, potest quidem alter coniunctus ex iure congrui petere partem ipsius praedii alteri coniuncto di-

stra-

stracti. Si autem ad eliminandum malum vicinum praelatio isthaec concederetur, vicino contra vicinum hocce ius concedi non deberet. Quid enim interesset, si vicinus hunc nouum possessorem coniunctum haberet in ipsa distracti praedii extremitate, quum nempe integrum praedium vnus vicinorum occupat, vel in ipsa praedii parte, quum scilicet praedium inter ipsos vicinos diuiditur?

(IV.) Vicino, qui atroces iniurias intulit venditori rei immobilis, ius praelationis ab ipsa Fridericiana Constitutione denegatur. Credibile autem non est, eam poenam indictam fuisse, quae nouis delictis occasionem daret; quum praecipuus cuiusque legis scopus non alius esse debeat, quam vt pax & tranquillitas in ciuili societate seruetur. Et delictis quidem praeberetur occasio, si extraneus emtor, etsi malus, necessario in rei distractae possessionem sustinere deberet iniurius vicinus. Quae enim pax cum malo vicino? Nonne cum ipso crebrae contentiones & iurgia, & per haec vulnera & caedes? Patet igitur ex allatis hucusque rationibus, Fridericianae Constitutionis finem eum non esse, quem vulgus interpretum proposuit, & ceteri scriptores extra dubitationem habuerunt. Ad veritatem autem nunc accedamus.

5. Verba quidem in principio ipsius Constitutionis descripta verum iuris praelationis finem patefaciunt. Ait ibi Imperator: *si quis ex parentela habeat COMMVNEM agrum, domum vel vineam vel rem immobilem diuisam vel indiuisam, aut ex COMMVNI emptione vel aliquo huiusmodi titulo vel alio modo aliquo CONIVNCTIM*. Ex communione igitur praediorum, vel aliarum immobilium rerum, ius praelationis proficiscitur. Et primum quidem ex communione vera & expressa, quae vel est, vel saltem fuit, inde ex ea, quae fuisse praesumitur. Placuit enim Friderico, & ante eum Romano Lecapeno, partem rei immobilis distrahendae potius, quam extraneo, ei ex iusto pretio addicendam, qui super integra re vel habet, vel saltem habuit dominium, vt demonstrant ea verba: *communem agrum, vineam* [illegible] *diuisam vel indiuisam, aut ex communi emptione*. Res namque in duorum vel plurium communione posita, licet tota vnius ex condominis dici nequeat, cuique tamen dominorum ex parte tantum, & quidem reali, ante diuisionem pertinere, nec etiam dici valet; quum, re adhuc indiuisa, cuiusque pars sit mentalis tantum, & hinc per totam rem diffusa. Quum igitur dominium in vna rei parte mentali integram rem afficiat; ex hoc fit, quod condominus, inuito condomino, nihil noui in re communi iure facere potest, *L. 28. D. commun. diuid.* Et licet iure Romano permissum fuerit condomino partem suam in alium transferre, etiam ante diuisionem, inuito altero condomino, *L. 68. D. pro socio*; aequius tamen visum fuit Lecapeno, & Friderico, potius condomino, quam extraneo, eam partem concedendam, quae distrahenda esset titulo, qui nullum alienanti faceret incommodum, siue in extraneum, siue in condomi-

num

num transferatur; quum nempe idem pretium, eadem merces, vel idem canon, quem ab extraneo acciperet, a condomino ei praestatetur.

6. Soluta vero communione, licet super integra re cessauerit illud ius condominii, quod ex ipsa communione proficiscebatur; magis tamen aequitati consonare crediderunt Lecapenus & Fridericus, rem ad pristinum statum redire, vnde discesserat, eique potius concedendam, qui olim fuit condominus, quam extraneo.

7. Hucusque dicta pertinent ad praelationem, proficiscentem ex vera communione, quae vel adhuc perseuerat, vel de qua dubitari nequit olim extitisse inter contiguos rerum immobilium possessores. Quum vero hanc fuisse minime adparet, praesumi eam vult Imperator ex rerum immobilium coniunctione. Non inter omnes tamen coniunctorum praediorum possessores hanc praesumtionem simul valere voluit, sed eo ordine, quo magis praesumtio ipsa sibi locum vindicare demonstrat. Hinc dum plura inter se iunguntur praedia, quae a diversis tenentur possessoribus, si inter eos duo vel plures sint cognati, ceteri vero extranei, inter cognatos quidem praesumendum est fuisse communionem, at non inter extraneos. Frequenter enim euenire solet, vnius defuncti plures cognatos hereditatem nancisci, quam in communione tenent vsque ad iudicium familiae erciscundae. Inter cognatos igitur maius, quam inter extraneos adinuenitur praesumtae communionis fundamentum. Quinimo, si plures in disparibus gradibus sint cognati possessores, inter proximiores quidem, non inter remotiores praesumenda est communio; siquidem successio legitima semper, & testamentaria vt plurimum ad illos tantum, non ad hos & illos simul defertur.

8. Si cognati nulli sint in coniunctorum praediorum possessione, ad eos, qui in communione sunt, praesumtio est deuoluenda. Etenim quum non constat inter duos vel plures coniunctorum praediorum possessores societatem saltem extitisse, quomodo inter eos potius, quam inter reliquos coniunctos possessores communio praesumi debeat, non adparet. Praelatio igitur, a Fridericiana Constitutione sociis concessa, ex vera communione, quae saltem fuit, proficisci debet, non vero ex praesumta, vtpote cuius nullum adinuenitur fundamentum.

9. Quum igitur post cognatos communionis praesumtio ad socios transire nequeat, transfertur ad eos, qui, contigua praedia possidentes, eidem seruitio sunt addicti. Horum autem nomine, vt fusius dicemus capite sequenti, intelligendi sunt, qui communi census vinculo tenentur; inter quos praesumtae communionis quidem habetur fundamentum. Hocce enim communi vinculo non alii tenentur, nisi qui eiusdem ciuitatis territorii praedia possident. Cuiusque ciuitatis territorium omnibus ciuibus, ipsa ciuitate nascente, commune fuisse in comperto est; en igitur praesumtae communionis fundamentum. *Conf. Instit. nostr. Iur. Regn. Neapol.* repetitae prae-

praelect. Lib. II. §. XVI. Quod si census nomine non publicum intelligere velimus, quod nempe ciuitati persoluitur, sed priuatum, quod scilicet canonis nomine directis dominis penditur, vt opinatur Cuiacius *ad tit. C. de contrah. empt. & vendit.* idem fundamentum communionis in ipso directo dominio inueniemus. Illud enim integrum territorium, quod pleno iure ab vno possidebatur, inde iure vtilis dominii inter plures diuisum fuit.

10. Tandem praesumtio isthaec stat pro iis, qui nullo alio iunguntur ligamine, quam sola praediorum coniunctione; inter hosce enim, licet remotum sit communionis fundamentum, fuisse tamen facile suspicari, credique potest. Quotidie namque euenire videmus, rem immobilem vel iure hereditario, vel legati, aut donationis vel aliquo alio titulo communem, inter duos pluresue diuidi. Saepe quoque euenit, fundos non ex asse, sed tantum pro parte secundum dominorum necessitates vel vendi, vel in dotem aut alio titulo concedi; & hinc qui vnus erat fundus in plures dispescitur, eoque temporis diuturnitate diuiso permanente, atque eius partibus de familia in familiam transeuntibus, non amplius vnum, sed plures fuisse fundos facile creditur. Huiuscemodi autem diuisionem inter finitimos fundos factam fuisse probabilius est, quam inter dissitos; hinc inter finitimos adest praesumtae communionis, siue vnitatis fundamentum.

11. Porro si ad antiquam negativam communionem, in qua homines olim vixisse fertur, oculos nos convertamus, quis inficiari poterit, stetisse inter finitimos fundos communionem? Pernotum sane est tunc temporis quemque hominum eam terrae partem inhabitasse, eamque colendam suscepisse, quae magis eorum cuique placeret. Sed multiplicato hominum coetu, quum non omnibus omnia sufficerent, quisque ad occupationem se conuertit, & eam terrae portionem, quam colendam susceperat, limitibus circumscripsit, & ab alia seiunxit, quam alter homo eodem fine sibi reseruauerat, & hinc quae antea communis erat, propria euasit.

12. Nec obstabit, si forte quispiam dicat, communionem illam nedum cum ea terrae parte, a qua contigua segregabatur, sed cum ipsa integra terra constitutam tunc fuisse; vnde legitime sequeretur, fundamentum praesumtae communionis nedum inter finitimos possessores, sed inter dissitos quoque adinueniri. Non obstabit inquam; tum quia pars, quae a toto non separatur, sed tantum circumscribitur in eo, proprie a partibus adiacentibus seiungitur, non ab ipso toto; tum quia, quum homines ad terrae diuisionem deuenerunt, separatio inter finitimos possessores, a quibus per limitum confusionem timebatur occupatio, facta fuit, non vero inter dissitos, qui huiuscemodi confusionis malum inferre haud poterant. Patet igitur adesse inter finitimos possessores praesumtae communionis fundamentum.

13. Praesumtiones autem huiuscemodi ex earum numero sunt, quae iu-

iuris dicuntur *& de iure*, contrariam hinc probationem non admittentes, Menochius *de praesumt. Lib. I. q. 60.* Qua de re vicinus cognatus e. g. semper praeferendus est vicino extraneo; quamuis probari possit inter cognatum alienantem, & eum, qui praeferri desiderat, communionem nunquam intercessisse; quum demonstrari facile possit, cognatorum alterum rem, de qua disceptatur; ab extraneo accepisse. Praesumtio enim iuris & de iure *est dispositio legis, aliquid praesumentis, & super praesumito, tamquam sibi comperto statuentis*, Alciatus *tract. de praesumt. in praef. part. 2. n. 3.* Et ita quidem fecit Imperator Fridericus, dum inter coniunctorum praediorum possessores communionem praesumsit, & super praesumtione ius certum praelationis constituit. Qua de re, exclusa omni contraria probatione, semper vicinus extraneo est praeferendus, eo seruato ordine, quo idem Imperator vicinos inter se inuicem iure praelationis gaudere voluit.

14. Ad rectam huius Constitutionis interpretationem non parum conferre videtur illa inquisitio, num inter iura fauorabilia, vel inter odiosa praelatio isthaec, ex congruo proficiscens, adnumerari debeat. Satis enim protrita est regula illa, vulgo recepta: *fauorabilia late, odiosa stricte sunt interpretanda*; vt inde de restrictiua, vel extensiua interpretatione, super hac Constitutione adhibenda, certa norma constitui valeat.

15. Persuasum quidem est maiori scriptorum parti, ius praelationis, ab hac Constitutione vicinis concessum, odiosum esse, eo quod vicinorum, rem suam immobilem distrahere volentium, libertas coangustatur, quum potius in vicini, quam in extranei potestatem eam transferre debeant. Quibus adstipulari videntur Impp. Valentinianus, Theodosius, & Arcadius in *L. 14. C. de contrah. empt.* vbi hanc aequitatem, qua extranei emtores a proximis & consortibus olim apud Romanos excludebantur, (*Cap. I. n. 7.*) *grauem iniuriam*, inanis honestatis colore velatam, *contra naturalem vendendi libertatem*, eleganter adpellant. Hinc deducunt, non aliam interpretationem hanc iuris partem mereri, quam restrictiuam. Porro subdunt; statuta & consuetudines nauseant extensionem, suntque sterilia, mularum instar, quae non pariunt. Marc. Mantoua *XXIX. II.* Non desunt tamen, qui contra & rectius opinantes, fauorem potius, quam odium, complecti tenent, vtpote quae bona immobilia in genere & in familia perseuerare facit. Sunt tandem, qui vtramque opinionem impugnantes, nullam dicunt esse legem, quae vel fauorabilis, vel odiosa dici possit; quum nullum sit ius fauorabile, quod simul non sit odiosum, & contra. Conf. Thomasius *in Iurisprud. diuin. II. 12. §. 159.* suamque opinionem exemplis illustrare, & confirmare conantur. Diuortium, ipsi aiunt, fauorabile est marito, odiosum vxori: Dos fauorabilis genero, odiosa ratione soceri: Querela inofficiosi testamenti fauorabilis est filio iniuste exheredato, odiosa vero heredi instituto, & hisce similia.

16. Nos autem iis adsentimur, qui ob finem conseruationis bonorum in fa-

familia & genere, huiusce Constitutionis fauorem tuentur. Et licet verum sit nullam esse legem, quae dum fauorem continet, odium quoque complecti non videatur; tanti tamen non est vtriusque commixtio, vt definiri nequeat fauorabilis ne, vel odiosa ea sit. Ex principali siquidem caussa, siue intentione legislatoris dignoscitur, an ex odio, vel fauore lex sit profecta. Hinc diuortium, iure diuino permissum, odiosum est adpellandum, quia datum ob duritiem cordis Iudaeorum, *Matth. XIX. 9.* iure vero humano concessum, fauorabile, ad pellendas nempe coniugales discordias introductum. Dos fauorabilis est, vtpote facilia reddit matrimonia, quae ad rempublicam perpetuandam, prolemque educandam conducunt: Querela inofficiosi, quia ad coercendam testatorum licentiam, & sub colore dementiae testatoris concessa, odiosa dicitur; & hinc nonnisi in subsidium adhibenda, §. 2. *I. de inoff. testam.* Eademque ratione demonstrari potest, quod praelatio, ex congruo proficiscens, fauorabilis est; non enim in odium distrahentium, sed fauore vicinorum inducta, vt bona scilicet inde reuertantur, vnde discessisse praesumuntur. Conf. And. Tiraquellus *in praef. n. 65.* Gailius *II. obs. 19. n. 1.* Vnde est, quod in solis distractibus conceditur, in quibus nullum incommodum patitur distrahens vicinus, siue in vicinum, siue in extraneum rem transferat, vt infra demonstrabitur.

CAPVT III.

De personis, quibus ius congrui concessum est.

S V M M A R I V M.

1. *Quae personae ad ius congrui vocantur?*
2. *Consanguineos non congruentes ad praelationem admittit Carol. Ant. de Rosa.*
3. *Sed eius opinio refellitur.*
4. *Confinia praedia possidentes, certo ordine ad praelationem admittuntur.*
5. *Primo loco vocantur parentes, h. e. consanguinei.*
6. *Quinam consanguinei admittantur?*
7. *Inter plures consanguineos admittendus proximior alienanti.*
8. *Non inquirendum de eo, a quo ad alienantem res peruenit.*
9. *Quia haec inquisitio non fit in successione.*
10. *Ne sequatur absurdum.*
11. *Et ne adhibeatur probatio contra praesumtionem iuris & de iure.*
12. *Proximitas gradus a quo dimetienda?*
13. *An postumis ius congrui concedenda?*
14. *Negat Tiraquellus dari ius repraesentationis in congruo.*
15. *Adfirmat Benedellus.*
16. *Reprobatur opinio Tiraquelli, & respondetur duobus prioribus eius argumentis.*
17. *Respondetur tertio Tiraquelli argumento.*
18. *Exponitur quartum argumentum,* de-

desumendum a regula de concursu specialium.

19. *Eius regulae falsitas demonstratur.*

20. *Proponitur quintum argumentum eruntum ex* L. 37. D. de condic. & demonstr.

21. *Demonstratur diuersa L. ratio ab ea, quam ponit Tiraquellus.*

22. *Quando filius patris heres, praedium a patre alienatum, retrahere possit?*

23. *Filii naturales non retrahunt iure sanguinis. Contra tamen tenet Ant. Gomesius.*

24. *Respondetur primo Gomesii argumento.*

25. *Soluitur secundum argumentum.*

26. *Enodatur argumentum tertium.*

27. *Confirmatur argumenti enodatio.*

28. *Demonstratur leuitas postremi argumenti ab aequitate deducti.*

29. *Retrahunt legitimati per subsequens matrimonium, non per rescriptum* Principis.

30. *Denegandum ius congrui adoptatis.*

31. *Non denegandum plene adoptatis, & adrogatis.*

32. *Filiabus non denegatur retractus iure sanguinis, d-ficientibus filiis.*

33. *Sorores concurrunt cum fratribus in retractu rei alienatae a collaterali.*

34. *Parentum nomine non veniunt adfines.*

35. *Adfinis non retrahit iure parentelae, etsi res ab eius maioribus sit profecta.*

36. *Post parentes vocantur socii; & quinam sociorum nomine heic veniant. Constitutio Fridericiana indiget emendatione ib. in fin.*

37. *Emendatio huiusce Constitutionis desumenda ex ea Romani Lecapeni.*

38. *Quae in quinque classes distribuit vicinos, quibus ius congrui concedendum est.*

39. *Soluitur obiectio, ex emendatione proficiscens.*

40. *Quibus sociis praelatio concedenda?*

41. *Societas coniugalis non tribuit praelationem ex congruo.*

42. *Communio, quamuis sit in minima parte rei, praebet praelationem.*

43. *Seruitus, vel ius pignoris non dat praelationem.*

44. *Communio, quae dat praelationem, debet esse in proprietate rei.*

45. *Praeferendus, qui est in vera, ei, qui est in praesumta communione.*

46. *Proponitur facti species cum duobus quaesitis; & respondetur n. 47.*

48. *Quae praelatio concedenda domino directo in alienatione emponematum?*

49. *Contra Capycium demonstratur, non licere domino directo praelatione uti post praestitum assensum in alienatione.*

50. *Proponuntur Capycii argumenta.*

51. *Soluuntur & n. 52.*

53. *Dominus utilis praefertur in venditione directi dominii.*

54. *Quae differentia inter praelationem, quae domino utili, & eam, quae directo debetur?*

55. *In emphyteusi redimibili denegatur praelatio domino directo.*

56. *Quando denegatur praelatio domino utili?*

57. *Denegatur praelatio domino census reseruatiui, & creditori census consignatiui.*

58. *Quinam dicantur esse sub eodem seruitio?*

96. Tum Neapolis, tum in reliquis huiuſce Regni locis.

INueſtigato iuris congrui, atque ipſius Fridericianae Conſtitutionis fine, ad ipſum ius per ſuos articulos illuſtrandum, ipſamque Conſtitutionem per partes exponendam, nunc accedamus. Et quum ex recta Triboniani ſententia *in princ. I. de iur. perſon.* parum eſt ius noſſe, ſi perſonae, quarum cauſſa ius conſtitutum eſt, ignorentur; rectus ordo expoſtulat, primum de perſonis agere, quibus ius congrui conceſſum eſt, inde de rebus, ac contractibus, ceteriſque ediſſerere, ad hanc rem pertinentibus, articulis.

1. Perſonae autem ad hocce ius vocatae ſunt omnes, quae rem immobilem poſſident, rei immobili diſtrahendae confinem. Etenim ſine confine praedio nulla ex congruo concedi poteſt praelatio; quum ius congrui ex eo dictum ſit, quod ex rebus immobilibus inter ſe congruentibus ſurgat, *Cap. 5. n. 2.*

2. Non ignoramus quidem fuiſſe inter noſtros Pragmaticos Carolum Antonium de Roſa, qui in ſua *civil. decret. prax. cap. 13. n. 70. & ſeqq.* opinatus eſt, conſanguineos vicinis extraneis praeferendos, etiamſi nullum diſtrahendo praedio confine praedium ipſi poſſideant. Ad hanc ſuam tuendam opinionem quinque vſus eſt argumentis; quae leuiſſimi ponderis eſſe, nedum ex noſtris enodationibus, ſed ex eorumdem adſpectu adparebit. Sunt autem huiuſcemodi: I. Conſanguineus vocatur ad conſanguinei ſucceſſionem, etſi nullam rem communem, vel confinem cum conſanguineo poſſideat; igitur & ad praelationem quoque ex iure congrui admittendus, quamuis nullum praedium praedio diſtrahendo coniunctum teneat: II. Ius ſanguinis eſt naturale, vicinitatis vero, ſiue coniunctionis praediorum accidentale; ſi igitur praelatio conceditur extraneis ob vicinitatem, quae accidentalis eſt coniunctio, multo magis concedenda ob conſanguinitatem, quae eſt ligamen a natura profectum: III. Euenire poteſt, quod conſanguineus rem diſtrahendam adquirat, non quidem iure praelationis & veluti vicinus, ſed alio iure ei forſan competenti, veluti quia eam perdidit in diuiſione: IV. In Conſtitutione primum vocantur parentes, poſtremo tandem loco confines poſſeſſores ſeu vicini; parentes igitur confinibus poſſeſſoribus ſeu vicinis ſunt praeferendi. Tandem V. concedenda eſt praelatio conſanguineo ſine praediorum coniunctione, quia Moſaica lege ita conceſſa fuit; quae lex quum ab aequitate naturali deſcendat, nulla eſt ratio, cur ab ea recedi debeat.

3. Hucuſque argumentatus eſt de Roſa; noſtras reſponſiones eodem ordine, quo propoſita ſunt argumenta, nunc accipite. Et quidem I. conſanguineus ea de cauſſa ſuccedit conſanguineo ab inteſtato morienti ſine vlla rerum communione vel coniunctione, quia ad obtinendum ius hereditarium lex exigit tantum ligamen ſanguinis; quod ſolum ad praelationem ex congruo non ſufficit, vtpote Conſtitutio praeter conſanguinitatem requirit praediorum vel communionem vel coniunctionem. *Si quis ex paren-*

tu-

fela habeat communem agrum vineam . . . . . diuisam vel indiuisam . . . vel aliquo modo coniunctim, &c. Igitur non soli parenti praelatio conceditur, sed parenti rem communem vel coniunctam possidenti: II. Verum quidem est ligamen sanguinis esse naturale, accidentale vero illud coniunctionis praediorum; sed deduci inde non potest, semper esse potiora iura naturalia accidentalibus, quum saepissime haec illis in iure praeferantur. Et sane ligamen sanguinis est naturale, matrimonii vero accidentale; marito tamen plus potestatis in mulierem iura tribuunt, quam fratri. Emtio accidentalis est, emtori tamen omne ius concedunt leges in re emta, nullum vero consanguineo venditoris. Quid mirum igitur, si praelatio ex congruo a Constitutione tribuitur vicinis, non autem consanguineis, confinia praedia haud possidentibus? III. Nedum de consanguineo dici potest, quod rem distrahendam alio iure, quam congrui adquirere valet, sed etiam de quacumque alia extranea persona, quae iure dominii rem vindicare potest. Ob hanc igitur rationem non solum cognatus, sed quilibet extraneus quoque in alienatione praeferendus erit. Sed inter tot vniuersi mundi homines, cui praerogatiua concedenda? IV. In Constitutione primo loco quidem vocantur parentes, sed non quicumque; verum confinia praedia possidentes, vt demonstratum est in prima responsione. Hi profecto, cum aliis vicinis concurrentes, ipsis praeferuntur; & postremo loco vocantur vicini, qui, praeter praediorum coniunctionem, nullo alio vinculo siue consanguinitatis, siue societatis, siue census alienanti colligantur: V. Concessa quidem fuit a lege Mosaica praelatio consanguineis in distractione praedii consanguinei sui, etiam sine praediorum communione vel coniunctione: sed lex illa forensis fuit, & hinc mutabilis seu temporaria, ad politiam nempe, non ad mores pertinens; quemadmodum & illa de ducenda fratris vidua sine sobole defuncti; & illa alia, vt nemo nuberet extra propriam Tribum, & hisce similes. Conf. Willelmus Zepperus *Leg. Mosaic. forens. explan. Lib. I. c. 8.* Quae omnes nouo Testamento sunt abrogatae. Quis enim fratris sui viduam ducere debet, immo potest? Vbi sunt Tribus, extra quas nubere non licet. Igitur nec stat praeceptum de concedendo praedio ei, qui alienanti sanguine iungitur sine communione vel coniunctione praediorum.

4. Sit igitur firmum principium, sine confine praedio nullam dari ex congruo praelationem, atque ita pluries contra suam opinionem decisum fuisse ipse de Rosa *l. c.* testatur ex Afflictis *in comm. ad hanc Const. Sancimus* §. 1. *n.* 36. Verum quum non omnes confines possessores eadem ratione, sed certo seruato ordine ad hocce ius admittantur, qui sit hic ordo, primo loco dispiciendum.

5. Ex confinibus possessoribus ad ius congrui primum Imperator vocat parentes. Nomine autem parentum in hac Constitutione, nedum pater ac mater ceterique adscendentes sunt intelligendi, quae apud latinos propria est illius vocis significatio, *L.* 51. *D. de V. S.*

V. S. sed omnes consanguinei sub ea denominatione comprehenduntur. Adhibet dictionem parentis Imperator in sensu vulgari, & secundum vernaculum Italiae sonum, quemadmodum & illam aliam parentelae, quae consanguinitatem denotat. Nec solus Imperator vsus iis vocibus in praefata significatione, nam & ante eum Longobardi in *L. 1. tit. de parricid.* scripserunt. *Si quis in morte parentis sui insidiatus fuerit, id est, si frater in morte fratris sui, aut barbani, quod est patruus, seu consobrini, &c.* Vnde a Longobardis Itala vox *parente* pro consanguineo profecta videtur; quemadmodum & illa alia *barbano* vel *barba* pro patruo ortum duxisse vero simile est. Gratianus quoque in *can. 4. q. 5. & can. 5. q. 6. C. 35.* parentelam pro cognatione dixit. Et Innocentius III. in *cap. vlt. X. qui clerie. vel vouent.* quos primum consanguineos nominauit, inde parentes dixit.

6. Consanguinei autem dicuntur, qui non vltra decimum cognationis gradum sunt coniuncti; decimo enim gradu computationis ciuilis transacto, quemadmodum ad successionem legitimam omne denegatur ius, §. 5. *I. de success. cognat.* ita ad congruum nulla superest facultas, Tiraquellus §. 13. *n.* 1. Vltra quidem decimum gradum positi, non amplius ex eadem familia profecti noscuntur; hinc inter eos pro iure congrui communionis cessat praesumtio. (*Cap. II. n. 6.*)

7. Quamuis vero omnes indiscriminatim consanguinei a Fridericiana Constitutione ad ius congrui vocentur, recte tamen interpretes sentiunt, plures confines possessores, qui ab alienante aequali distant consanguinitatis gradu, aeque ad hocce ius esse admittendos, seruata tamen coniunctionis praediorum proportione. Inter plures vero consanguineos, dispari gradu alienanti coniunctos, eum praeferendum, qui in proximiori positus est. Tiraquellus §. 14. *n.* 1. & 1. Quod & successionis iura imitatur, *L. 2. §. 2. D. de suis & legit. hered.* & Constitutionis fini magis consonat; quum potius inter proximiores, quam inter remotiores consanguineos communio praesumi valeat.

8. Illud autem non minimam in hac re facit dubitationem, num praeter gradum consanguinitatis, origo quoque rei distrahendae spectari oporteat; an scilicet consanguineus ex ea linea profectus, vnde res distrahenda alienanti obuenit, sit praeferendus cognato, in aequali vel proximiori gradu posito, qui ex diuersa linea ortum habuit. Et licet sint nonnulli, qui in hac dubitatione partem tenent adfirmatiuam, lineae tamen praerogatiuam vltra fratrum filios ad similitudinem, vt ipsi aiunt, intestatae successionis, non protendunt. Sat enim pernotum est ex male intellecti *L. 13. C. de legit. hered.* illam vulgarem regulam confectam fuisse: *Materna cedunt maternis; & paterna paternis.* Hinc deductum, quod mortuo fratre, cui & consanguinei, & vterini fratres sororesue supersunt, illi paterna, hi materna bona accipere debent. Inde quum extra dubitationem videatur positum, eamdem regulam, quae in suc-

cef-

cessione intestata obtinet in congruo quoque obseruandam, inferunt, in alienatione rei a linea paterna profectae fratres consanguineos vel eorum filios; in ea vero, quae a linea materna, vterinos horumque natos esse praeferendos; indiscriminatim tandem concurrere, si a neutro parentum, sed ab extraneo ad fratrem possessorem res distrahenda accessit. Cognatione vero vltra fratrum filios protensa, quum in successione intestata nulla spectanda sit bonorum origo, ita nec in praelatione iure congrui.

9. Facile quidem istorum opinioni adsentiremur, si proposita regula: *Materna maternis, &c.* ex *d. L.* 13. erui posset, vel eruta non abrogaretur a *Nouell.* 118. *c.* 3. qua indiscriminatim vocantur fratres consanguinei & vterini ad defuncti fratris successionem, nulla habita ratione stirpis, vnde bona ad defunctum peruenerunt. Faber in *Cod. ad tit. de legit. hered. def.* 2. Fachineus *contr. VI.* 5. Non inficiamur quidem esse nonnullas gentes, quae bona paterna consanguineis, materna vterinis, reliqua indiscriminatim concedunt. Hoc tamen non fit ex legum Romanarum praecepto, sed ex peculiaribus locorum consuetudinibus, vt est in hac ciuitate ob consuetudinem, *Si quis*, tit. *de success. ab intest.* Si igitur haec bonorum discretio in hereditatibus intestatis praeter consuetudinem facienda non est, cur adhiberi debeat in praelatione ex congruo, nulla adparet disparitatis ratio.

10. Quod autem contra istorum opinionem magis vrget, illud est, ne diuerso iure diuersaque regula praelatio isthaec inter plures confines possessores concedatur. Si enim rei distrahendae origo in possessore inquirenda esset, & quum inter consanguineos, & quum inter extraneos confines possessores de praelatione disceptatur, haec inuestigatio esset adhibenda. Hac vero concessa originis inuestigatione, saepe confinis extraneus consanguineo confini praeferendus esset, dum nempe extraneus rem distrahendam a consanguineo suo possessori peruenisse demonstrabit. Quid autem hoc absurdius & alienum a Constitutionis sententia, quae semper consanguineos extraneis praeferendos mandauit?

11. Porro quum praelatio ex congruo tum cognatis, quum extraneis concedatur ob praesumtam communionem; (*Cap. II. n.* 4.) & huiuscemodi praesumtio ex earum numero sit, quae iuris & de iure dicuntur, *i. e.* hinc contra se probationem non admittentes; facile patet in origine possessionis rei inquirendum non esse, ne adhibeatur probatio, quae naturae huiuscemodi praesumtionis aduersatur. (*d. Cap. II. n.* 12.) Non me latet, nonnullos Pragmaticos contra meam opinionem sentire, nixos auctoritate Tiraquelli *de retract. consangu.* §. 14. *glos.* 2. *n.* 1. & 2. Sed eorum error inde natus, quod non agnouerunt discrimen inter retractum ex iure congrui, de quo agimus, & illum ex iure sanguinis de quo loquutus est Tiraquellus. Ille enim, quia concessus, vt bona seruentur in eadem familia, exigit inquisitionem in bonorum origine, vt eo redeant, vn-

vnde diſceſſerunt. Hic vero quia conceditur ob praeſumtam communionem, quae proficiſcitur ab ipſo poſſeſſore alienante, atque a coniuncto poſſeſſore retrahere volente, nullam exigit perquiſitionem, ne, hac adhibita, extraneus contra praeſumtionem conſanguineo praeferatur. (*n.* 12.)

12. Quum igitur in concedenda praelatione ex congruo rei diſtrahendae origo inquirenda non ſit, conſectarium eſt, proximitatem gradus conſanguinitatis metiendam eſſe ab eo, qui rem ipſam alienat, non ab eo, a quo ad alienantem peruenit. Tiraquellus *de retr. lign.* §. 11. *gloſſ.* 1. *n.* 18. Calculus vero iſte ponendus eſt tempore perfectae alienationis, non vero poſtquam ea iam conſumata eſt. Hinc ſi, quum Lucius e. g. vendit praedium, cui congruit ex altero latere praedium patrui ſui, ex altero illud patruelis, & conſumata iam venditione cum patruo, tanquam conſanguineo proximiori, ad poſſeſſionem praedii patruelis ſuccedat Lucii germanus frater, non ideo poterit hic, tanquam conſaguineus alienanti proximior patruo, praedium alienatum ad ſe reuocare; quia alienationis tempore conſanguineus proximior erat patruus. Idemque ius ſtat quoque, quum in poſſeſſione confinis fundi ab extraneo poſſeſſi ſuccedit conſanguineus poſſeſſoris fundi iam alienati. Conſanguineus enim non alia praelatione vti poterit, quam ea, quae pertinebat ad extraneum, in cuius locum ſucceſſit. Hinc, in iudicio retractus cum aliis vicinis forſan concurrente, vt extraneus confinis pro rata coniunctionis partem accipiet, at non excludet alios iure conſanguinitatis.

13. De iis vero, qui diſtractionis tempore in vtero ſunt, dubitari poteſt, num, poſtquam nati, iure ſanguinis in congruo ſint praeferendi. Ratio dubitandi ex eo proficiſcitur, quod qui in vtero ſunt, quum de eorum commodo agitur, pro iam natis habentur, *L.* 231. *D. de V. S.* Si igitur quum iam nati eſſent, ad praelationem iure ſanguinis admitti deberent, ſunt quoque praeferendi in alienatione, tunc temporis facta, quum ipſi in vtero erant. Ex facto tamen ſuper hac re tres ſtatuendae ſunt regulae. I. Aut enim, qui in vtero eſt, dum res congrua alienatur, ſi tunc naſceretur, in patriam veniret poteſtatem, praediumque vicinum, ex quo ius congrui proficiſcitur, a patre pleno iure poſſidetur, & tunc quidem nulla ei ex propria perſona competit praelatio. Siquidem dum praedium alienatur, nullum ipſe coniunctum praedium poſſidet, & hinc deficit iuris congrui fundamentum. II. Si vero praedium, quod congruit, ad ipſius naſcituri pertineat peculium aduentitium, tunc quidem ius congrui ei non denegandum; nam licet reuera non poſſideat, iuris tamen fictione, qua habetur pro iam nato, poſſidere dicitur, dum pro eo naſcituro poſſidet pater. Multo magis III. praelatio ei concedenda erit, ſi tunc temporis, quum coniunctum praedium alienatur, ſui iuris naſceretur. Etenim, quum eadem iuris fictione pleno iure praedium poſſideat per eum, qui ventris curam gerit, iuris congrui effectus ei concedatur oportet.

14. Num autem in gradus proxi-

mitate, secundum quam inter plures vicinos possessores ius congrui conceditur, repraesentatio locum inueniat, altioris indaginis quaestio visa est. Negatiuam partem tuetur Tiraquellus §. 11. *ibid. gloss.* 9. & quatuor eam sequentibus adstruit argumentis. I.) Quando in iure fit mentio proximi vel proximioris, non comprehenditur, qui in sequenti gradu est positus, licet is sit, qui priorem repraesentare soleat, *L. 6. pr. & §. vlt. C. ad S C. Trebell. L. 23. §. 1. D. de bon. libert.* II.) Quum aliquid relictum est familiae, vocatur primo loco proximus quisque, *L. 69. §. fin. de leg. 2. L. 32. §. 6. eod.* & vbi consideratur prioritas gradus, frater excludit filium fratris, *L. 3. §. 4. & 5. de legit. tut.* III.) Filius fratris non admittitur cum patruo per repraesentationem patris ad succedendum ex statuto, nam repraesentatio non habet locum in his, quae ex statuto deferuntur. Baldus *cons.* 30. *praesupposito statuto col. 2. v. secundo quaeritur lib.* 1. IV.) Duo specialia in eadem re concurrere nequeunt, *arg. L. 1. C. de dot. promiss.* sed hoc quidem eueniret, si ius repraesentationis in congruo concederetur; est enim ius repraesentationis priuilegium, vt adpellatur in *Nouell.* 118. *c.* 3. Quin etiam si repraesentatio esset beneficium iuris communis, id tamen non haberet locum in iis, quae deferuntur iure speciali, *L. 74. D. de condit. & demonstr.*

15. Contra tamen Tiraquellum opinatus est Benedellus *in rubr. de iur. protom. n.* 7. nulla tamen fretus iuris ratione, sed sola ductus Ferronii auctoritate, qui in *consuet. Burdeg. lib. 1. tit. de retract. §. 6.* partem tenet adfirmatiuam. Benedelli autem opinio, quam iuri magis consonam inuenimus, necessario amplectenda visa est. Siquidem quum ius repraesentationis exerceatur in successione intestata, non vltra tamen fratrum filios, nulla adparet disparitatis ratio, cur in congruo, quod iisdem fere regitur iuribus, locum inter easdem personas inuenire non debeat.

16. Firmandae autem huius opinionis periculum facturi, cunctas rationes a Tiraquello allegatas ad examen reuocabimus. Et exordientes a *L. 6. pr. & §. fin. C. ad S C. Trebell.* in ea autem, etsi pluries attente legerimus, nullum inuenimus praeceptum, immo ne verbum quidem repraesentationem impediens. In lege vero 23. *§. 1. de bon. libertor.* expresse denegatur liberti hereditas nepotibus patroni, quum esset iam filius; vnde hac lege Tiraquelli opinio comprobari videtur. Sed quis ignorat repraesentationem nedum inter filios fratrum, sed etiam inter ipsos descendentes initium accepisse in iure Romano a Nouella Iustiniani 118. *c.* 3.? Iure enim ante-Iustinianeo nepotes non admittebantur cum patruis iure repraesentationis, sed *suitatis*. Nam si haec qualitas deficeret, quia ex emancipato patre nati, ad aui successionem minime admittebantur. Si vero tunc temporis nati essent, quum pater in aui erat potestate, inde emancipatus, succedebant quidem, vtpote primum gradum in aui familiam occupabant, non vero iure

iure repraesentationis, siquidem repraesentare non poterant patrem in ea successione, a qua ipse excludebatur. Porro repraesentationi fit locus post mortem eius, qui repraesentatur; nepotes autem succedebant auo, etiam viuo patre emancipato; ergo non per repraesentationem. Quid mirum igitur si ad intestati liberti hereditatem soli filii admittebantur, non autem patroni nepotes ex praemortuo filio, si tunc temporis nullum erat ius repraesentationis? Eodemque modo solui possunt omnia alia argumenta a Tiraquello secundo loco proposita, & ducta ex aliis legibus Pandectarum & Codicis. Illud insuper addi potest ad argumentum petitum ex *L.* 3. §. 4. *&* 5. *D. de legit. tut.* quod frater nedum excludebat a tutela filium fratris, quia tempore Vlpiani non erat ius repraesentationis, sed etiam ne per plures tutela spargeretur; quae ratio facit, vt etiam post introductam repraesentationem idem ius vigeat.

17. Pergamus modo ad tertium Tiraquelli argumentum desumtum ex statuto, quod ex Baldi opinione respuit in successione ius repraesentationis. Baldi autem auctoritas tanti non est, vt ei sine manifesta ratione adquiescere debeamus. Et sane ipse Tiraquellus *l. c.* fatetur Baldinae opinioni in hoc articulo non consensisse D. Benedictum *repet. in c. Raynutius n.* 64. Et recte, quum in interpretatione statutorum, nisi aliud contra suadeat, a regulis iuris Romani recedere non debeamus. Adposite ad hanc rem scripsit Ioan. Voet *Comment. ad Pandect. Lib. I. tit.* 3. *n.* 24. *Inepta proinde iudicanda sunt temere prolata, quae non raro apud interpretes leguntur, strictissimam nempe esse debere statutorum interpretationem, nec extendi oportere vltra casum, de quo loquuntur, quoties a iure Romano secessum faciunt. Prudentius sane & vti magis ex patrii iuris honore ac maiestate., ita quoque rectius, qui ex rationibus antea datis verba statutorum, vt vt non generalia, nec casus omnes aut personas enarrantia, tamen ex ratione generali subiuncta, vel certe extra dubium subintellecta, ad omnes personas & res casusque, in quibus rationis similitudo inueniretur, extensionem putarunt faciendam esse; restrictionem ex aduerso, nonnisi positis circumstantiis caussisque talibus, quales & ipsarum legum Romanarum suaderent in arctum constrictionem.* Si igitur ius Romanum filios fratrum cum patruis ad defuncti patrui successionem admittit iure repraesentationis; cur & ad praelationem ex congruo eodem repraesentationis iure non admittemus? Magis autem huius nostrae opinionis veritas clarescit ex consuetudinibus huius Neapolitanae ciuitatis, a quibus ius repraesentationis in successionibus ex statuto non denegatur; immo contra regulas iuris Romani conceditur omnibus consanguineis vltra filios fratrum: consuet. *Sed si morienti*, tit. *de success. ab intest.* Et Napodanus noster in consuet. *Si quis, vel si qua*, tit. *de success. ab intest.* scripsit, quod quando consuetudo non loquitur de subingressione, h. e. repraesentatione, standum iuri communi. Falsum est igitur, quod scripsit Baldus, in successionibus ex statuto non

 dari

dari ius repraesentationis.

18. Nec magis vrget quartum Tiraquelli argumentum, ex eo desumtum, quod duo specialia in eadem re concurrere nequeunt. Quorumdam sane Doctorum regula haec est; sed quae in iure nullum tenet fundamentum. Antiqui enim barbarique interpretes ad concordiam redigere volentes *L. 1. C. de dot. promiss.* qua Imp. Alexander rescripsit: dotem nuptiali instrumento promissam non deberi, quum neque species, neque quantitas esset designata; cum responso Papiniani in *L. 70. §. gener D. de iur. dot.* qui huiuscemodi dotem deberi existimauit; primum cerebrinam distinctionem commenti sunt inter dotem pacto, & stipulatione promissam, & de illa, quae pacto Imperatorem, de ea, quae stipulatione promissa fuit, Papinianum intellexisse adfirmarunt, & hoc modo vtrumque iuris locum in concordiam adduxisse crediderunt. Inde a rescripto Imperatoris regulam illam desumserunt: *Duo specialia in eadem re concurrere non possunt*; quasi dicerent, nasci ciuilem obligationem ex nudo pacto, est quid speciale pro dote, *L. 6. de dot. promiss.* eandem obligationem proficisci ex incerta promissione, etiam dotis priuilegium est; vnde Imperator, ne duo specialia concurrerent in eadem dotis exactione, actionem ei denegauit, cui incerta dos nudo pacto promissa fuit; non denegauit vero Papinianus, quia illud solum speciale in facto ei proposito occurrebat, nempe incertitudo quantitatis.

19. Quantum autem a veritate aberrent, qui credunt, Imperatorem de dote pacta intellexisse, non de stipulata; ipsa verba rescripti satis superque demonstrant. In eo enim legitur: *dotem nuptiali instrumento fuisse adscriptam*; ergo stipulatione promissam. *Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem: perinde habetur, ac si interrogatione praecedente responsum sit*, ait Paulus *lib. V. sent. c. 7.* relatus in §. 17. *I. de inut. stipul.* Si igitur dos, de qua loquitur Imperator, promissa fuit stipulatione, deficit constructae regulae fundamentum, & hinc regula ipsa. Et ea adeo inepta visa est Franc. Duareno, *disput. anniuers. Lib. I. cap. 56.* vbi ad concordiam Imperatorem cum Papiniano reducit, vt ibi scripserit: *Quod autem de specialium concursu comminiscuntur, adeo ineptum nugatoriumque est, vt propemodum id recitare nos pudeat*. Rem magis exemplo confirmemus. Si impubes laesus in integrum restitutionem in Principis Comitatu, spreto magistratu inferiori, experiri velit, quis hoc ei facere licere inficiabitur? Et tamen duo specialia in hoc negotio concurrent, alterum nempe restitutionis in integrum, quod in impubere est beneficium aetatis, *L. 1. §. 1. D. de minor. XXV. ann.* alterum electionis fori, quod etiam aetatis intuitu concessit Imperator *l. vn. C. quand. Imp. int. pupil. & viduas*. Possunt igitur contra regulam, a Doctoribus iniuria compositam, in eodem negotio duo specialia concurrere.

20. Pergit vlterius Tiraquellus subdens, quod etiamsi retractus esset beneficium iuris communis, tamen nec

etiam

etiam in eo deberet locum inuenire repraesentatio. Ad hanc suam firmandam adsertionem adducit *L. 74. D. de cond. & demonstr.* Cuius haec est species & praeceptum. Quum mulieri & Titio vsusfructus legatus fuerit sub conditione, si mulier non nupsisset: nupta muliere, vsusfructus ei debetur, etiam defecta conditione, ob nuptiarum priuilegium: si tamen Titius partem suam vsusfructus repudiauerit, mulieri non adcrescitur. Credidit Tiraquellus, non alia ratione ius hoc adcrescendi denegari mulieri, quia partem, qua fruitur, etiam defecta conditione, tenet iure singulari, ob priuilegium nempe nuptiarum. Conf. Heineccius ad *L. Iul. & Pap. Popp. Lib. II. cap. 16.* hinc alteram partem ei non concedendam, quamuis ius adcrescendi sit beneficium iuris communis.

21. Toto tamen coelo diuersa est laudatae legis ratio ab ea, quam posuit Tiraquellus. Denegatur quidem mulieri ius adcrescendi in vsufructu legato, quia illud non sub alio fundamento conceditur, quam ex praesumta testatoris mente. Conf. Vlric. Huberus in *prael. ad* §. 23. *I. de legat.* Cessat autem haec praesumtio, dum testatoris voluntas aperte refragatur; & refragatur sane in specie illius legis., quum non aliter vsumfructum mulieri concessum voluit, quam si a nuptiis se abstinuisset: nupsit, ergo defecit voluntas testatoris, & contra hanc voluntatem, fauore nuptiarum, data altera parte vsusfructus, pars altera non est adcrescenda. Conf. Cuiacius *in Commentar. ad eam legem*. Vndequaque igitur adparet Tiraquelli opinionem nullo fulcitam esse legitimo fundamento, & hinc probabiliorem esse eam Benedelli, quam nos tuemur.

22. Non inelegans quaestio hoc loco exagitari potest: an nempe filius patris heres illud praedium retrahere possit, quod a patre alienatum fuit, non denunciato filio, qui confine praedium possidebat? Prima fronte videtur dicendum, non posse. Heres enim factum defuncti pro ea parte, qua heres est, probare tenetur. *L. 14. C. de R. V.* Verum quia huiuscemodi filius, non tanquam filius, nec tanquam heres, sed tanquam vicinus & proximus agnatus rem alienatam petit, retractus non est ei denegandus. *arg. L. 75. D. de euiction.* Carpzouius *P. II. Const. 31. def. 11.* Zoësius *in comm. ad D. tract. de retr. n. 52.* Illud autem animaduersione dignum est, quod filius retrahens non tenetur de euictione, tanquam heres. Nam licet venditor eiusque heres emtori suo euictionem praestare debeat; hoc tamen fallit in retractu. Cuius rei triplicem reddunt rationem interpretes; primum, quod euictioni locus non est, quum res ex sua natura, vel conditione propria euincitur; deinde quia emtor per legem circa emtionem posterior est agnatis, quo casu euictio cessat; denique quia iura ciuitatis, quae retractum indulgent, scire debet emtor, quae scientia euictionem excludit. *L. 27. C. de euict.* Et Zoësius *l. c.* subdit: vt res euicta dici possit, oportet, alienam venditam fuisse: pater vendidit rem propriam, non alienam. Si tamen venditor

tor in casum retractus expresse ad euictionem se adstrinxit, tunc heres vix retractu gaudebit, ne veniat contra factum defuncti, quod iura minime sinunt. Tiraquellus *cit. tract.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 54. *& seqq.*

23. Quod autem dictum est de filio, qui iure sanguinis retractum exercere potest, intelligendus est filius legitimus & naturalis, non simpliciter naturalis. Nam quum hoc ius, vt pluries dictum est, illud intestatae successionis sequatur; quemadmodum ab intestata successione naturales liberi excluduntur, ita & a retractu iure sanguinis. Tiraquellus *l. c. gloss.* 8. *n.* 6. *& seqq.* Huic tamen nostrae & fere communi Doctorum opinioni obstare videtur *Nouella* 89. *c.* 12. §. 4. qua filii naturales, legitimis non extantibus, admittuntur ad sextantem intestatae hereditatis patris naturalis cum matre diuidendum. Vnde etiam, deficientibus legitimis filiis, vel iis immobilia bona distracto a patre fundo congruentia non possidentibus, ad retractum admitti naturales deberent. Quam opinionem amplexus est Massuerus *de retract. v. parentes n.* 10. & Rendella *de iur. protimes. eod. v. parentes n.* 10, qui adducit auctoritatem Ant. Gomesii ad *l.* 70. *Tauri n.* 4. Verum quia ad sextantis successionem filii naturales non ob sanguinis ligamen, alias non admitteretur quoque mater, sed tantum pietatis caussa vocantur; ideo ad retractum nonnisi vt extranei, non vero vt consanguinei sunt admittendi. Multo magis hoc exercitium iure sanguinis eis denegandum, quum praedium alienatum est ab aliquo consanguineo collaterali; siquidem ab horum intestata successione perpetuo excluduntur, *arg. d. Nouellae*. Non ita tamen dicendum, si agatur de praedio alienato a consanguineo matris; etenim quum naturales ad horum successionem vocentur; §. 3. *I. de SC. Orph.* *&* §. 4. *I. de success. cognat.* ita quoque ad retractum admittantur oportet.

24. Vt autem huius nostrae sententiae veritas magis elucescat, argumentorum Gomesii infirmitatem patefaciamus necesse est. Etenim iuris loca, quibus ipse vtitur ad suam fundandam opinionem, vel eam potius subuertunt, vel a proposito sunt aliena. Et quidem primo loco adducit *L.* 17. §. 1. *D. ad SC. Trebell.* vbi Vlpianus primo refert Papinianum opinatum fuisse, conditionem, si sine filiis decesserit, deficere, quum filii naturales extant: inde contra Papinianum ipse scribit, quaestionem voluntatis esse. Quum autem ex iure recepto quaestio voluntatis sit, an naturales liberi filiorum nomine comprehendantur, iure filii non sunt; etenim si essent, nulla voluntatis quaestio posset adhiberi. Ex lege igitur adducta contra Gomesii opinionem ita argumentum confici potest: Filii naturales iure filii non sunt, sed aliquando veniunt sub nomine filiorum ex sola testatoris voluntate; ius retractus non ex voluntate testatoris, sed a lege conceditur; ergo filii naturales ad retractum tamquam filii non sunt admittendi.

25. Adfert secundo loco Gomesius *L.* 102. *Cum auus D. de cond. & demonstr. & L.* 30. *Cum acutissimi C.*

de

de fideicom. in quibus verbum nullum de filiis naturalibus ; sed in vtraque lege opinio extat Papiniani, qui ex interpretatione voluntatis aui testatoris, fideicommissi restitutionem denegat extraneo fideicommissario , quum extant nepotes filii heredis grauati. Sed an, existentibus nepotibus naturalibus, idem ius seruandum , nec Papinianus expressit , & quia in nullo iuris loco statutum legitur , inter Doctores nec conuenit.

26. Tertio loco idem Gomesius adducit *L. 6. C. de instit. & subst.* qua Imp. Iustinianus opinionem Papiniani de voluntatis interpretatione a filiis legitimis , fideicommisso grauatis , ad naturales porrexit . Sed quid inde? Quidquid de filio legitimo dicitur , de naturali quoque intelligendum est? Nugae. Si ita res se haberet , nedum in filium legitimum , sed in naturalem quoque patria potestas exerceri posset , Quemadmodum illum , ita & hunc ab intestato pater heredem haberet. Sed quis vnquam ita delirauit? Ex eo, quod statutum est in quodam peculiari iuris articulo , generalis regula effici non potest ; siquidem regula , vt ait Ascon. Paedianus *in III. Verrin.* non vnius , sed complurium legum capita complectitur . Porro in ea lege agitur de interpretatione voluntatis testatoris aui , & facile creditu est, plus eum diligere nepotes ex filio naturali susceptos , quam extraneum , cui res ex fideicommisso restituenda erat . Non ita tamen dicendum , quum de legitima successione , vel alio iuris beneficio agitur : constans enim est iuris regula , nomine filiorum legitimos tantum intelligi , non vero naturales ; nam & pater est , quem nuptiae demonstrant . *L. 5. D. de in ius voc.* Vbi igitur peculiare non extat iuris praeceptum , a generali regula non est recedendum.

27. Ex eadem quoque lege perspicitur maximum discrimen , quod inter filios legitimos & naturales intercedit. Etenim Imperator admittit quidem nepotes ad successionem patris , excluso fideicommissario , sed exigit nepotes legitimos , tam si nati sint ex filio legitimo, quam ex naturali , vt demonstrant ipsius legis verba : *non aliter substitutione locum accipiente , nisi ipsi liberi sine iusta sobole decesserint*. Nec dubitari potest, quod ibi nomine *iustae sobolis* legitimos filios Imperator intelligat ; siquidem eodem loco iustos filios naturalibus opponit : *vt quod inter iustos liberos sancitum est , hoc & in naturales filios extendatur*.

28. Nec maioris ponderis est postremum Gomesianum argumentum , deductum ab aequitate , quae suadet , vt ipse ait , appellatione filiorum , dum de aliquo eorum commodo agitur , nedum legitimos , sed etiam naturales intelligi. Repetit hanc aequitatis suasionem a *L. fin. C. de conf. tutor.* qua Imperator Iustinianus licentiam tribuit patribus filiorum naturalium dandi tutorem pro iis rebus , quas ipsi naturalibus filiis dederint , a magistratu tamen confirmandum . Quomodo autem ab hac lege aequitatis regula deduci valeat , quod nomine filiorum , dum de commodo eorum agitur , etiam naturales sint exaudiendi , non adparet : immo si verum fateri velimus oppositum ex ipsa lege colligi

gi potest. Etenim si tum legitimi, cum naturales sub denominatione filiorum comprehenderentur, sine hac noua Iustiniani Constitutione pater naturalibus filiis tutorem dare potuisset; quia filiis dare potest, *L. 5. D. de testam. tut.* nec opus fuisset, naturales institui heredes, vt tutorem accipere possent, *d. L. fin.* sed quemadmodum legitimis exheredatis, ita & his non institutis recte tutor daretur, *L. 4. D. eod.* nec datus a patre tutor magistratus indigeret confirmatione. Si tot igitur inter legitimos & naturales, in hoc tutelae articulo, in quo citra dubitationem de filiorum commodo agitur, intercedunt differentiae; quis dicere audebit, veram esse allatam a Gomesio aequitatis suasionem?

29. Naturales vero per subsequens matrimonium legitimati, quia omnia legitimorum iura nanciscuntur, *d. Nouell. 89. c. 3.* a retractu, per ligamen sanguinis debito, minime sunt repellendi. De Afflictis *de iur. prot. §. tota haec lex n. 47.* Reinkingk *de retract. consang. q. 2. n. 278.* Hoc tamen ius non stat pro legitimatis per Principis rescriptum. His enim non tribuitur ius familiae, sed tantum eluitur natalium macula, & fiunt legitimi vni patri, non aliis, *L. 9. C. de natur. liber. Nouell. 74. c. 2. & Nouell. 89. c. 9.* Et licet huiuscemodi legitimati succedant patri, quum deficiunt legitimi: per hoc tamen non alium retractum exercere possunt, quam super re a patre alienata, & quum non extant legitimi, qui idem ius experiri velint; non vero super re a consanguineis patris alienata; etenim quo ad hos non intelliguntur legitimati. Si vero Princeps expresse legitimasset, vt succedant, etiam existentibus filiis legitimis, vel ex plenitudine potestatis, tunc omni iure tamquam legitimi habendi, Gailius *II. obs. 142.*

30. De adoptiuis autem dubitari merito potest. Primo intuitu videtur ex consanguinitate non esse eis denegandum. Nam licet reuera consanguinei non sint, tamen quia adoptio naturam imitatur, *§. 4. I. de adopt.* & adoptiuus omnia iura sanguinis in familia adoptantis nanciscitur, *L. 1. §. 4. D. vnd. cognat. L. 2. §. 3. D. de suis & legit. hered.* vnde A. Gellius adoptionem legitimam extranei hominis in familiam assumtionem dixit, tamquam consanguinei videntur admittendi. Verum contraria sententia iuri magis consonat. Non quia adoptio est fictio, & verba statuti ex opinione DD. non verificantur in casu ficto, *cap. adoptiui, tit. si de feud. defunct.* nec quia adoptiui ad successionem feudalem non admittuntur, *cap. 1. §. adoptionem Lib. II. feudor. tit. 26.* vnde nec etiam ad retractum iure sanguinis, qui ex feudis originem accepisse tenet Huberus *Praelect. ad Pand. Lib. XVIII. tit. 5.* sed quia iure iustinianeo in familiam adoptati minime transeunt, vt ante Iustiniani tempora eueniebat, sed tamquam extranei reputantur. Hinc *in L. pen. §. 1. C. de adopt.* legitur: *vt non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptiui, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat, sed quasi extraneus, ita ad illam familiam inueniatur,*

tur, iunge §. *I. de adopt.* Si igitur nulla ei cum familia adoptantis est communio, nullum quoque ius congrui ex parentela, quod nonnisi ex communione bonorum in familia proficiscitur. *Cap. II. n. 6.*

31. Non ita tamen res se habet, si plene sint adoptati, vel sint adrogati. Nam in illis praeter ligamen ciuile adoptionis adest simul naturale sanguinis, per quod ad retractum ob consanguinitatem admitti deberent: *L. pen.* §. 4. *C. de adopt.* His vero, quia omnia familiae iura; perseuerante adrogatione, communicantur, *d. L. pen.* §. *vlt.* tamquam consanguinei habendi, & hine ad retractum iure parentelae admittendi, Reinkingk *l. c. q.* 2. *n.* 303. *ad* 313.

32. Quamuis autem perpetuo denegetur retractus iure sanguinis naturalibus filiis, quia ab intestata successione semper arceantur, non ideo denegandus est filiabus, eo quod apud nos a paterna maternaque successione per masculos repelluntur. Nimis enim utrorumque diuersa est ratio huiusmodi hereditariae exclusionis. Const. *Instit. nostr. Iur. Regn. Neapol. Lib. II.* §. 175. & *seqq. Illis*, quum extant legitimi, nihil; *his* vero, extantibus fratribus, loco portionis legitimae debetur paragium, Const. *In aliquibus*, tit. *de success. filior. com. & baron. Illis*, non existentibus legitimis solus sextans; *his* vero, deficientibus fratribus, integra hereditas conceditur, *d. Const.* Tandem *illis* omnium collateralium ex parte patris denegatur intestata successio; *his* vero semper conceditur, etiamsi concurrant cum fratribus aliisue collateralibus. Qua de re, deficientibus filiis, permissum est filiabus retractum exercere super re immobili, a patre matreue alienata, cui ipsae confine praedium possident. Immo & hoc facere eis non est denegandum, si fratribus nullum sit praedium rei alienatae confine, vel habeant, & retractu vti nolint, *arg. d. Const.*

33. Quum fratres simul cum sororibus ad collateralium successionem concurrant; ad retractum quoque super re, a collaterali alienata, simul cum fratribus sorores admittantur aequum est. Nisi frater sit germanus & soror vnilateralis, vel vice versa; tunc enim quemadmodum germanus, vel germana excludit vnilateralem a successione intestata defuncti fratris vel sororis; *Nouell.* 118. *c.* 3. ita & a retractu super re a fratre vel sorore alienata. Tiraquellus *de retract. consangu.* §. 14. *gl.* 2. *n.* 6. Vt ita vero fratres sororesque, quia in successione intestata non amplius habetur ratio duplicitatis vinculi, *d. Nouell. cap.* 4. tam germanorum quam vnilateralium descendentes, in eodem gradu positi, ad retractum exercendum admittentur. Inter eos vero, qui in dispari gradu sunt constituti, ille solus hoc iure gaudebit, qui proximiorem gradum alienanti obtinet, vt supra dictum est.

34. Vox *parentelae*, qua vtitur in sua Constitutione Imp. Fridericus, aliquando latius accipitur, & hinc nedum cognatos, sed etiam adfines designat. Ita Hieronymus *Lib. II. contra Rufinum* scripsit: *Parentes milita-ri*

ri vulgarique sermone cognatos, & adfines nominat. Vnde videtur dicendum, nedum cognatos, sed etiam adfines frui debere praelatione ex iure parentelae. Verum, quum abusiue tantum ea vox adfinibus imputetur, rectius cum Dionysio Gothofredo ad *d. Const. lit: A.* de cognatione & agnatione vocem illam explicabimus; & adfines prorsus a retractu iure sanguinis excludemus. Porro quum praelatio concedatur cognatis primo loco, eo quod inter eos maximum sit praesumtae communionis fundamentum; hoc inter adfines deficiente, cessare quoque debet illud ius, quod super fundamentum communionis extructum est. Ad hanc rem Tiraquellus refert *Oper. cit.* §. 14. *gloss.* 2. *n.* 16. adfinem quemdam ex imperitia cuiusdam iudicis inferioris admissum fuisse ad retractum iure *parentelae*; sed inde in iudicio appellationis exclusum a iudice superiore, ipso Tiraquello consulente. Qui subdit, quod adfinitas perpetua non est, sicut cognatio, sed tamdiu durat, quamdiu persona existit, quae adfinitati caussam praebuit. Hinc scimus, soluta adfinitate, omnes eius effectus extingui, si ille excipiatur, qui matrimonio impedimentum facit. Vnde notum est, ad ferendum testimonium pro adfine, soluta adfinitate, qui fuit adfinis, testem esse idoneum. Conf idem Tiraquellus *in tract. cessante causa v. adfinitatis n.* 27.

35. Nec iuuat adfini, quod res ab adfine vendita, ab eius maioribus sit profecta; etenim res semel in extraneos translata, auita esse desiit, *num.* 12. Memorat exemplum August. Leyserus *Medit. ad Pandect. Specim.* 193. *med.* 10. Caius domum suam filiae suae eiusque marito vendiderat. Hi postea domum iterum vendere voluerunt. Sed intercessit Marcus Caii filius ex iure retractus gentilitii. Responsum fuit, huiuscemodi ius pro dimidia tantum parte competere, nempe super medietate domus, quae ad eius sororem pertinebat, non pro altera medietate, quae eius mariti erat. Si tamen fingas, Marcum ex congruo agere, integram domum obtinebit; ni cum eo concurrat cognatus mariti, qui etiam sit domui coniunctus possessor; tunc enim vnicuique eorum sine relatione ad maiorem vel minorem praediorum coniunctionem medietas erit concedenda. Si vero concurrat cum Marco extraneus vicinus, Marco primum medietas, tamquam cognato concedenda erit, inde altera medietas inter eum, & extraneum vicinum pro modo coniunctionis erit tribuenda.

36. Quum deficiunt possessores sanguine coniuncti, vel quia non sunt, vel quia iuri suo renunciarunt, Imperator ad ius congrui vocat socios. Quinam autem sociorum nomine hic sint intelligendi, facile non est definire. Etenim an ii tantum sub hac voce comprehendantur, qui in re immobili distrahenda societatem habent, eamque pro indiuiso possident; an vero etiam ii, qui, res contiguas possidentes, singularem vel generalem societatem contraxerunt, ex verbis ipsius Constitutionis facile erui non potest. Primo quidem dicendum videtur, eos dumtaxat praelatos voluisse, qui in ipsa re alienanda societatem tenent. Hinc

Hinc dum sociorum alter partem suam vult distrahere, alteri socio potius, quam extraneo ea erit concedenda. Idque ex eo proficisci adparet, quia de sociis non idem Imperator subiunxit, quod de *parentibus*, & de aliis praelatis dixerat, nempe, quod essent *coniuncti*, h. e. congruentia praedia possidentes. Igitur socii non ob coniunctionem praediorum, sed ob communionem in ipsa re distrahenda extraneis sunt praeferendi. Si tamen societatis vinculo, quod fraternitatem inter socios constituit, aliqua concedenda est praerogatiua, inter ceteros possessores fundorum congruentium, quibus cum domino fundi alienandi nulla est necessitudo, praeferendus videtur socius, etiamsi non in re distrahenda; sed in alia quacunque societatem teneat. Verum quum Constitutio isthaec, vt opinor, corrupta ad nos peruenerit in quadam particula, priusquam pergamus ad vlteriorem interpretationem, de genuina eius lectione simus solliciti oportet, vt inde bonus rectusque sensus, & Legislatoris menti conformis erui possit.

37. Alibi dictum est, Friderici Constitutionem ex illa Romani Lecapeni desumtam fuisse, iisdemque pene verbis concinnatam; (*Cap. I. n. 9.*) dictiones hinc, quae in Fridericiana corruptae sunt, non aliunde, quam ex eius archetypo, nempe ex Lecapeniana emendationem accipere iustum est. In lege Lecapeni ex recta a Graeco in Latinum translatione haec leguntur apud Cuiacium *Tom. II. in interpr. graec. verb. ad pag. 1342. Primi vocentur permixtim quoque gradu coniuncti cognati; dein simul iuncti socii (consortes). Quibus ii succedunt, qui dumtaxat permixti sunt, etsi omnino ei, qui rem alienat, externi sint; dein adiacentes consortes; postremo qui ex aliqua parte vniti sunt & vicini. Consortes autem dicimus omnes, qui sub eodem censore praescripti sunt, etsi in diuersis locis sua tributa praestent.* Eodemque modo haec leguntur apud Leunclauium, & apud Harmenopolum.

38. Igitur a Lecapeniana Constitutione in quinque classes distributi sunt ii, quibus praelatio in alienatione conceditur. In prima nempe repositi sunt *cognati*; in secunda *socii*; in tertia, qui sunt *permixti*; in quarta *consortes*; in quinta tandem *vicini*. In Fridericiana vero ob corruptam lectionem quatuor tantum classes adparent; nempe I. cognatorum; II. sociorum; III. vicinorum; & tandem IV. eorum, qui sunt sub eodem seruitio. Facta tamen particulae emendatione, quinta classis adparebit in tertia; in quarta classe repositi habebuntur, qui sunt sub eodem seruitio, & in quinta tandem collocati erunt, qui solo vicinitatis ligamine iunguntur. En verba Constitutionis: *In primis vocentur parentes, qui sunt coniuncti*, haec est prima classis: *post hos socii*, & est secunda; *post hos illi, qui sunt coniuncti, etiamsi extranei sint*; haec tertia correspondet illis verbis Constitutionis Lecapenianae: *quibus ii succedunt, qui dumtaxat permixti sunt, etsi omnino ei, qui alienat, externi sint*. Sequitur inde quarta classis, hisce tantum verbis comprehensa. *Post hos vocentur*

omnes, qui sunt sub eodem seruitio. Succedit inde dictio copulatiua *et*, quae efficit, vt duae propositiones vnicam tantum classem comprehendant; si tamen illa particula *&* in *tandem* commutetur, quemadmodum in Constitutione Lecapeni legitur *postremo*, & duae diuersae classes efficientur, quae tribus praecedentibus adiunctae quinarium numerum component, & ii, qui sunt sub eodem seruitio, praeferrentur iis, qui dumtaxat vicinitate coniunguntur. Vnde legendum: *post hos vocentur omnes, qui sunt sub eodem seruitio; tandem qui sunt coniuncti ex aliqua parte*.

39. Scrupulum autem huiuscemodi emendatio alicui mouere potest, eo quod duae classes fieri videntur eorum, quibus ob solam praediorum vicinitatem praelatio conceditur, tertia nempe, & quinta. Nec vlla adparet disparitatis ratio, cur nonnulli simplicium vicinorum tertio, nonnulli alii quinto loco sint reponendi. Submouebitur tamen statim omnis dubitandi ratio, si verba huius Constitutionis cum illis Lecapeni conferantur. In tertia enim classe Constitutionis Fridericianae ita scriptum est: *post hos illi, qui sunt coniuncti; etiamsi extranei sint*. Vox *coniuncti* pro qualitate proficiscente ex sola praediorum coniunctione ab interpretibus accepta est, & hinc secundum nostram emendationem duae videntur esse simplicium vicinorum classes. In illa vero Lecapeni haec eadem classis hisce verbis comprehenditur: *quibus ii succedunt, qui dumtaxat permixti sunt, etsi ei, qui rem alienat externi sint*. Quod igitur voce *coniuncti* exprimitur in Constitutione Fridericiana, Lecapeniana designatur voce *permixti*; quae vox satis innuit, non eos, qui dumtaxat contigua praedia possident, intelligendos esse, sed qui praedium distrahendum indiuisum possident, quamuis nec sanguinis, nec societatis iungantur ligamine; vnde subiungitur: *etiamsi extranei sint*, vel vt est in Lecapeniana: *etsi ei, qui rem alienat externi sint*. Nec confundendi sunt socii cum iis, qui rem communem tenent; sat enim peruotum est, societatem nos inire contractu; in communionem vero incidere etiam nolentes; illos ad societatem voluntas, hos fortuna coniunxit; hinc alteram voluntariam, alteram hereditariam appellat Cicero. Conf. Cuiacius ad *L. vn. C. non licer. habitat. metrocom.* Socii a lege vocantur fratres *L. 63. pr. D. pro socio*; non ita qui communem rem possident. Non immerito hinc plus sociis tribuitur, quam iis, qui sunt in communione: vnde illi secundo, hi vero tertio loco praeferuntur.

40. Hac posita emendatione, nemo inficiari poterit nomine sociorum, qui ad praelationem admittuntur, tantum eos intelligi debere, qui communem rem immobilem distrahendam iure societatis tenent, non etiam eos qui, quum generalis vel specialis societatis vinculo colligantur, contigua quoque praedia possident, super quibus nulla est societas. Etenim quum huiusce praelationis fundamentum sit communio vera, vel praesumta, (*Cap. II. n. 4. & seqq.*) inter socios autem dum vera non est communio in prae-

dio

dio distrahendo, nulla praesumi potest ex aliis rebus, super quibus societatem habent; quia communio in altera re nullum praebet fundamentum praesumptae communionis in altera. Sequitur hinc, quod deficiente inter socios vera communione in re alienanda, ius congruentium praediorum eis non tribuit praelationem potiorem ea, quam habent reliqui vicini, qui nullo necessitudinis vinculo alienanti coniunguntur.

41. Ad virum autem & vxorem ius istud societatis in congruo porrigendum non est, etenim quamuis nuptiae definiantur a Modestino in *L.1. D. de R. N. consortium omnis vitae, diuini, & humani iuris communicatio;* tamen huiuscemodi iurium commixtio, tunc apud Romanos eueniebat, quum nuptiae sollemni ritu per conuentionem in manum contrahebantur. Vxor enim fiebat mariti filiaf. & hinc omnia eius bona cum ipsa persona in mariti potestatem transibant ipsa vero tanquam filiaf. fiebat condomina rerum mariti. Apud nos vero, cessata iam etiam a Romanorum temporibus in manum conuentione, ista iurium communicatio minime succedit; sed separatum patrimonium tenet vir ab vxore, si huic sint bona paraphernalia. Societas igitur, quae inter coniuges intercedit, animorum est corporumque, non vero rerum, quarum exigit praelatio, de qua edifferitur. Vnde fit, quod in alienatione rerum immobilium vxoris vir, & contra, non ratione coniugalis societatis, sed iure vicinitatis tantum, tanquam extranei, sunt praeferendi.

42. Post socios vocantur ii, qui rem immobilem distrahendam in communione tenent; hinc si alter eorum partem suam vult alienare, alterum, cum quo est in communione, extraneis praeferre debet; & si plures sint, vnicuique eorum pars erit tribuenda eadem regula, qua in iure adcrescendi vtimur. Huiuscemodi autem communionem, sufficit, adesse in minima parte rei, veluti in puteo, balneo, aditu, fouea, fistula, furno, cloaca, curte, scala, vel alio simili. Steph. Gratianus *disc. 256. n. 15. &* 842. *n. 23.*

43. De puteo autem, cloaca, scala & similibus adnotandum, quod, ad producendam praelationem iure communionis, necesse est, vere sint communia, h. e. vtriusque sit dominium in solo, vel superficie, *arg. L.4. §. 1. D. comm. diuid.* nam si tantum aquae haustus ex puteo, colluuies recipiendi in cloaca, ascensus per scalam, vel similia iura exerceantur, communes huiuscemodi res dici nequeunt, sed seruitutem dumtaxat in ipsis habere. Seruitus autem siue realis siue personalis, vel aliquod aliud simile ius, veluti pignoris, non dat praelationem ex iure communionis; nam ob seruitutem vel ob ius pignoris praedium seruiens, aut pignori addictum non fit commune inter dominum & eum, cui seruitus, vel ius pignoris debetur. Seruitus enim, vel ius pignoris in re aliena, non in propria consistere potest; *L. 5. pr. D. si vsusfr. petat.* nec seruitus pro parte constitui valet, *L. 2. §. 2. L. 27. pr. D. de V. O.* vt dicatur constituta super re com-

communi, quae pro parte dicitur propria, *L. 5. in fin. D. de legat. 1. L. 2. C. de comm. seru. manum.* Quidquid contra sentire videtur Steph. Gratianus *disc. 745. n. 49.* quia ius aliquod in re nec facit communionem, vt iam demonstratum est, nec tribuit praelationem ex iure congrui, quia exigit praediorum coniunctionem. Qua de re probanda est opinio Petr. Corradini *de prael. q. 34. n. 26.* qui tenet, murum diuisorium duorum aedificiorum, etsi communem, non inducere communionem inter aedificia, quemadmodum nec contabulationem vulgo *solarium*. Nam huiuscemodi communio constitui solet, quum seruitus oneris ferendi imponi desideratur; tunc enim dominus aedificii dominantis soluit medietatem pretii domino muri seruientis, vt fit in hac ciuitate ex consuet. *Et si ex latere*, tit. *de seruit.* Et ita quoque euenire solet, quum altera dieta supra alteram iure seruitutis imponitur, contabulatio dietae inferioris fit communis cum superiore, sed non idcirco communes fiunt dietae, nec etiam pro diuiso.

44. Communio porro oportet sit in proprietate rei; & hinc, si alter proprietatem, alter vsumfructum in fundo teneat, dici nequit fundum esse communem inter proprietarium, & vsufructuarium. Qua de re quaesitus in sequenti facti specie; frater qui sorori paragium dare debebat, tamquam heres patris ab intestato defuncti, quoddam praedium hac lege ei adsignauit, vt solo vsufructu per vitam frueretur, cum facultate disponendi sexcentum quinquaginta ducatorum, vel inter viuos, vel caussa mortis. Defuncto fratre, eius filius ante amitae mortem praedicti praedii proprietatem vendidit Seio. Amita desiderabat fundi proprietatem iure retractus a Seio auocare, credens id ei licere ob communionem proficiscentem ex vsufructu, quo super eodem praedio vtebatur, vel saltem ex facultate disponendi ducatorum sexcentum quinquaginta. Respondi nullo iure retractum ei competere posse. Non quidem ex vsufructu, qui est seruitus, & haec nonnisi in re aliena constituitur, & exercetur: vnde Paull. *in L. 25. D. de V. S.* ait: *recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum vsusfructus alienus est: quia vsusfructus non dominii pars, sed seruitutis sit; vt via, & iter*. Neque ex facultate disponendi ducatorum sexcentum quinquaginta; quia hi efficiunt quantitatem, non partem fundi, & constituunt amitam creditricem, non vero faciunt eam condominam.

45. Ex hucusque dictis adparet, quantum Constitutionis sententiae eiusque fini sit consentanea Graecorum interpretum opinio, relata a Cuiacio *in comm. ad h. Const.* nempe in alienatione alicuius rei immobilis illum semper praeferendum, qui est in vera communione, ei, qui sola gaudet praesumta. Qua de re, si praedium commune inter Caium & Sempronium pro ea parte sit distrahendum, quae ad Sempronium pertinet, eique praedio congruat fundus Laertii Sempronii cognati, non Laertio ex *parentela*, sed Caio ex communione praelatio erit conce-

cedenda. Quod non alia de caussa fieri debet, nisi quia Caius est in vera., Laertius autem in communione tantum praesumti. Confirmatur autem haec opinio ex Constitutione Romani Lecapeni. In ipsa enim permixti extranei praeferuntur cognatis non permixtis. Post cognitos vero permixtos vocantur socii, vel permixti simpliciter. Socii tamen semper praeferuntur illis, qui simpliciter sunt in communione, quique permixti vocantur; quia socii propria, non aliena voluntate rem in communi possident.

46. In hoc articulo praelationis sociorum speciem, quae mensibus elapsis mihi proposita fuit, cum mea sententia hic referre nec extra ordinem, nec superuacaneum fore duxi. Ioannes, Michael, & Hieronymus fundum communi pecunia emerunt, non denunciato confine possessore Antonio. Post triennium communem fundum socii inter se diuiserunt. Confinis possessor Antonius iure congrui petiit eam fundi partem, quam diuisio Michaeli tribuerat. Quaerebatur I. num Ioannes, qui alteram partem congruentem diuisi fundi tenebat, excludere posset a petitione Antonium, & huic ratione societatis in congruo praeferri? II. An liceret Antonio eam tantum partem petere, quam Michaeli diuisio tribuerat, vel cogeretur integrum fundum, licet iam diuisum, iure congrui retrahere?

47. Respondi secundum ea, quae proponebantur. I. Nullum ius esse Ioanni, quo ratione societatis excludere valeat Antonium vicinum a petitione retractus. Siquidem, quum Antonius retractum exerceat ob ius adquisitum ex venditione integri fundi, ob quam & ipse Ioannes obnoxius erat retractui, satis habere debet, partem ab ipso possessam non retrahi a non denunciato vicino. Quam quidem partem iure peteret Antonius, etsi eius praedium huic parti minime congrueret. Etenim quum actio retractus orta sit ex venditione integri fundi facta sine vicini denunciatione, & ad retrahendum tunc temporis ex asse fundum, sat erat congruere in vna tantum fundi parte, etiam minima; hoc ius nihil deminutionis accepit ex diuisione inter socios facta. Res enim inter alios acta aliis quidem nocere non potest, *tot. tit. D. res inter alios acta, &c.* Igitur & partem congruentem, & non congruentem retrahere licet.

48. Ad alterum quaesitum ob ea, quae dicta sunt in resolutione primi articuli, respondendum videbatur, non licere Antonio petere tantum partem fundi congruentis, sed, quum vellet vti adquisito iure retractus, integrum fundum retrahere debere. Etenim si ex alienatione totius fundi illud ius sibi quaesitum erat, & tunc non licebat, altera omissa parte, partem alteram retrahere; nec permissum hoc videtur, facta iam inter socios eiusdem fundi diuisione. Nec dici potest, ortum habuisse retractus actionem ex diuisione fundi inter socios facta; nam licet diuisio alienationem inducat, est tamen necessaria, *arg. L. 5. §. vlt. D. de reb. eor. qui sub tutel.* non voluntaria, quae sola retractui locum facit. Porro si ius vicini non ex venditione, sed ex diuisione oriretur, so-

socius quidem ipsi vicino esset praeferendus. Serio tamen re perpensa in contraria fuimus sententia. Petita enim ab vicino Antonio vna tantum fundi parte, si huius possessor ea vteretur exceptione, quod integer fundus esset petendus, replicari ei recte posset, esse hanc exceptionem ex earum numero, quae dicuntur ex iure tertii, proficiscentem, quaeque opponenti prodesse nequit, *arg. L. 4. §. 7. D. si seruit. vindic.* Porro nouum non est in iure, ius quod primum erat indiuiduum, ex post facto diuiduum effici. Exemplum praebet actio indiuidua in defunctum, quae postea fit diuidua in heredes, *L. 1. C. si cert. petat. L. 26. C. de pact.* Erat quidem primum actio indiuidua, quum nempe fundus pro indiuiso a sociis possidebatur; facta inde diuisione fundi, diuidua euasit, & a quolibet sociorum propria pars petenda. Quemadmodum autem petente creditore ab altero ex coheredibus partem quantitatis a defuncto debitae, ei nequit opponi exceptio de petenda altera parte ab altero coherede, ita & vicino retrahenti, facta iam fundi diuisione, opponi non potest exceptio de retrahenda altera parte ab altero possessore.

49. Actum est hucusque de praelatione ex vera societate, vel ex vera communione proficiscente; nunc de ea agamus, quae ex eo ligamine nascitur, quod licet neque communionem veram, neque veram societatem faciat, speciem tamen vtriusque, vel saltem alterius sapit. Ea quidem adinuenitur inter directum & vtilem eiusdem fundi dominum. Hinc quum vtilis dominus suas meliorationes siue emponemata vult alienare titulo venditionis, omnibus cuiuscumque generis vicinis, etsi cognatis, praefertur dominus directus; non solum ob Constitutionem Fridericianam, vt infra demonstrabimus *n. 57.* sed ob ius etiam *L. fin. C. de iur. emphyt.*

50. Illud dumtaxat in hoc praelationis iure in dubitationem positum est, an praeferendus sit quoque dominus directus, postquam ipse suum consensum venditioni adcommodauit, laudemiumque sibi debitum accepit. Maior pragmaticorum numerus, fretus auctoritate decisionis S. C. apud Capycium XCIX. opinionem tuetur adfirmatiuam. Contra tamen nostra sententia est, non licere directo domino post praestitum alienationi adsensum iure praelationis amplius vti. Etenim qui adsentitur alienationi eius rei, super qua ius aliquod tenet, tacite iuri suo renunciasse censetur, *arg. L. 4. §. vlt. & L. 10. D. quib. mod. pign. soluit. L. vlt. C. de remiss. pignor.* vbi statutum est, solui ius pignoris tacita remissione, quoties creditor in alienatione rei oppignoratae consentit: immo contra veterum opinionem subdit Imperator Iustinianus *d. L. vlt.* ius pignoris non reuiuiscere, quamuis res alienata ad debitorem reuertatur. Quomodo igitur dominus directus post permissam alienationem, & per hanc post tacitam praelationis remissionem poterit denuo ius suum exercere?

51. Argumenta autem a Capycio adducta ad haec quatuor redeunt: I.) Dominus directus post permissam alie-

alienationem possidet ciuiliter; ergo retrahere valet: II.) Quemadmodum feudi dominus praefertur in alienatione feudi; etsi necessaria, ita & dominus directus in alienatione necessaria, quae fit per vicini retractum: III.) Dominus directus debet praeferri creditoribus emphyteutae, ipsius praedii emphyteutici adiudicationem petentibus; ergo & vicinis retrahentibus: IV.) Glossa Napodani in consuet. *si ex uno latere* permittit venditori alicuius domus, dum aliam congruentem possidet, petere partem ipsius domus venditae, si vicinorum aliquis illam iure congrui retrahere velit; cur igitur idem ius non concedemus domino directo, dum aliquis vicinus retractum super re emphyteutica exercere desiderat?

52. Non est equidem, qui primo intuitu, quam infirma sit propositorum argumentorum vis, non cognoscat. Etenim non id quaeritur, an domino directo in venditione emphyteutici fundi praelatio debeatur; quod sane inficiatur nemo; sed an ei concedi debeat post tacitam eiusdem iuris remissionem; & sane, quod in quaestione est, adinuenta a Capycio argumenta minime demonstrant. Concedenda est quidem praelatio domino directo feudi in huius tum voluntaria cum necessaria venditione; concedenda est quoque domino directo fundi emphyteutici, dum creditores emphyteutae petunt fundi adiudicationem; sed hoc vtrisque denegandum, quum iuri proprio vel expresse vel tacite renunciarunt. Possidet quidem ciuiliter dominus directus post permissam alienationem; sed non inde inferendum, quod semper praelatione vti valeat. Quaeso, si expresse praelationi renunciasset, non possideret quoque ciuiliter? Sed quis auderet adserere, post expressam renunciationem licere directo domino praelatione vti? Elapso legitimo tempore ad petendam praelationem, dominus directus pariter possidet ciuiliter, & tamen praelatio ab ipsa lege ei denegatur, *L. 3. in fin. C. de iur. emphyt.* Ex sola igitur ciuili possessione ius praelationis proficiscitur quidem, nisi aliud obstet, vt obstat profecto tacita remissio.

53. Nec tanti est auctoritas glossae Napodani, vt ei, non periclitato negotio, faciles adsentiri teneamur; sed ea, qua in ciuili iurisprudentia fruimur cogitandi interpretandique libertate, a iure alienam eius opinionem infra demonstrabimus. Si tamen contra nostram sententiam in ea esse velimus hypothesi, & cum Napodano opinari, quod liceat domino, qui fundum congruentem alienato a se fundo possidet, pro parte hunc retrahere, dum alter vicinus eodem iure vti desiderat, non ideo vera erit consequentia ab Capycio deducta, quod idem ius nempe exercere valeat dominus directus super fundo emphyteutico post concessam vendendi licentiam, acceptumque laudemium: quum inter duas propositas facti species maximum intercedat iuris discrimen. Etenim praelatio ex iure congrui oritur ex ipsa re congruente sine respectu ad personam; (nisi quatenus ratio cognationis societatisque hoc ius augere soleat) qua de caussa cum ipsa re transit a persona in perso-

sonam. Hinc fit; quod dominus, qui alienauit fundum, ex alio congruente, quem possidet; petit retractum, vt peteret quicumque in ipsius rei congruentis esset possessione. Non ita tamen ius stat pro domino directo, qui dum praelatione frui desiderat super praedio emphyteutico, quod ipse alienare permisit, vult haurire praelationem ex ipsa re alienata; & illud ius exercere, quod ob permissam venditionem amisit. Patet igitur maximum discrimen, quod intercedit inter speciem glossae Napodani & factum, super quo lata fuit sententia S. C. apud Capycium, cuius hinc opinio omni apparet legitimo fundamento destituta.

54. Quemadmodum directus dominus praefertur in venditione meliorationum; ita & emphyteuta praeferendus est in venditione directi dominii. Quod licet non proficiscatur ab eodem Romano iure; a quo dumtaxat directo domino praelatio conceditur; tributa tamen dici oportet tum directo in venditione emponematum, quum vtili in venditione directi dominii ex vi & potestate Constitutionis Fridericianae. Nobiscum in hac re sentiunt Camill. Salernus ad consuet. huius Ciuitatis *Si quis habet*, tit. *de iur. congr. in fin.* vbi testatur ita per S. C. fuisse iudicatum. Contrariam eiusdem senatus refert decisionem de Franchis *in dec.* 17. *n.* 8. Salerni opinionem tanquam aequiorem amplexi sunt, Molfesius *qu.* 14. Boerius *decis.* 107. Benedellus *de iur. prot.* [illegible] 267. & de Luca *ad d. dec.* 17. de Franchis cum Doctoribus ibi allegatis. Hinc sine iuris fundamento contra opinantur Ysernia in cap. *Imperialem*, vers. *nec Dominus* tit. *de prohib. feud. alienat.* Annã *singul.* 150. qui tamen in fine eiusdem oppositam refert decisionem, & aliam de Ponte *de pot. proreg. cal.* 474. *n.* 17. Quae enim maior realis coniunctio ea, quam super eadem re emphyteutica tenent directus & vtilis dominus? Isti item communem possident, quamuis aequalis non sit communio; alter enim directo, alter vtili dominio fruitur. Nec a communione est alienum, quod alter maiorem partem, vel ius potius, alter partem minorem, vel ius debilius teneat, *arg. L.* 1. §. 6. *D. de SC. Syllan.* Vterque recte vocantur domini, *L.* 3. *C. de iure emph. L. fin. C. de fund. patrim. L. vlt. C. de cens. & censit. L.* 1. 8. *&* 11. *C. de omni agr. desert.* siquidem vnusquisque eorum iuris sibi competentis est moderator & arbiter; & cuique eorum vindicandi data est potestas, *L.* 73. §. *vlt. L.* 74. *L.* 75. *D. de R. V.* Si igitur super eadem re dominium tenent, in communione esse inficiari nequit. Qua de re & directus dominus in alienatione emponematum, & vtilis in alienatione directi dominii nedum extraneis, sed & possessoribus praediorum congruentium praeferatur, aequum est.

55. Licet vero dominus directus & vtilis inuicem in venditione praelationem valeant exercere; quum tamen non ex eodem iuris fonte vtraque praelatio surgat, quia nempe domino directo suppeditat eam nedum haec Fridericiana Constitutio, sed etiam *L.* 3. *C. de iur. emphyt.* domino autem vtili

eam-

eamdem tribuat soli Constitutioni, non eadem temporis spatio exercere permissum est; nec omissio denunciationis, quam alter alteri facere tenetur, eundem producit iuris effectum. Siquidem directo domino duo menses conceduntur a *d. L. 3. C. de iur. emph.* triginta tantum dies dat Constitutio Fridericiana. Si autem dominus directus venditionem vtili domino non denunciaverit, nulli subiicitur poenae, sed dumtaxat adquiritur ius ab emphyteuta, vel censuario sibi retrahendi directum dominium sine denunciatione alienatum; idque infra tempus decem annorum, vt aliis possessoribus fundorum congruentium, & rem in communionem tenentibus concedit laudata Fridericiana Constitutio. Si vero venditionis denunciationem neglexerit emphyteuta, statim iure suo cadet, & vtile cum directo dominio consolidabitur; *d. L. 3. in fin.* Porro quemadmodum vicinis ius praelationis conceditur nedum in alienatione, quae fit venditione, sed etiam in ea, quae fit locatione, d. Const. *Sancimus*, v. *locationem*; ita quoque concedenda est praelatio domino directo, si emphyteuta ad longum tempus emphyteuticum praedium locare velit. Quae sane praelatio non a *d. L. 3.* a qua in sola venditione conceditur, sed ab ipsa Constitutione Fridericiana ob communionem est repetenda.

56. Directo quoque domino denegatur praelatio, si emphyteusis inita fit cum pacto redimendi, vt scilicet valeat emphyteuta quandocumque consequi directum dominium, certo soluto pretio. Etenim huiuscemodi pactum naturam contractus immutat, & ex emphyteusi fit emtio & venditio, habita fide de pretio; cuius solutione pendente, sub nomine canonis soluuntur vsurae, siue, vt nostri loqui amant, *interesse*. Vbi enim adsunt substantialia contractus, ibi & contractum adesse, fatendum est. Consensus in merce & pretio venditionem constituit, *L. 72. pr. D. de contrah. empt.* Quum igitur dominus directus & emphyteuta in pretio & fundo consenserunt, emtionis contractum perfecisse dicendum est. Et ita quidem recte definiuit S. C. apud de Franchis *dec.* 267.

57. Quamuis in alienatione directi dominii tribuatur praelatio emphyteutae ex iure communionis, eadem tamen tribuenda non est, quum directus dominus canones tantum, seu ius exigendi censum titulo venditionis in alium transfert, retento sibi iure directi dominii, quod quidem fieri posse docet Scaeuola *L. fin. §. vlt. D. de contrah. empt.* Ius enim canonis exigendi nullis limitibus circumscribitur; nec potest dici esse partem dominii, quod super fundo tenet directus dominus. Et ita nobiscum sentit Rendella *v. per emphyteusim n. 29.*

58. Quum huiuscemodi ius praelationis, de quo hucusque diximus, tribuatur inuicem domino directo & emphyteutae ob rei communionem, adparet eam denegandam esse creditori census reseruatiui, qui nullum ius dominicum in fundo censitico tenet; & hinc extra communionem. Conf. Cencius *de censib. P. I. ca. 1. qu. 1. n. 6.* Et ob eandem rationem denegari debet simplici fructuario, qui

tantum ius seruitutis, *L. 25. D. de V. S.* non partem dominii habet: Multoque minus tribuendum creditori census consignatiui, vtpote cui est tantum ius exigendi reditum annuum; dominii vero pars nulla.

59. Ad eos nunc descendamus, qui a Fridericiana Constitutione in quarta classe sunt repositi, quique ad praelationem hisce verbis inuitantur: *post hos vocentur omnes, qui sunt sub eodem seruitio*. Obscura quidem locutio, interpretum mentes perturbans. Vox enim seruitium apud mediae & infimae latinitatis scriptores diuersas tenet significationes; saepius tamen ab ipsis adhibetur ad designandum quodlibet obsequium domino directo a feudatariis praestandum: Conf. Dufresne *gloss. v. seruitium*. Hac de caussa Robert. Maranta *in multipl. alienat. probib.* nomine eorum, qui sunt sub eodem seruitio audit feudatarios, qui ab eodem directo domino feuda acceperunt; quique *Curiales* dicuntur in Const. *Statuimus*, tit. *de O. M. I.* & pares Curiae in *Lib. II. feudor. tit.* 32. Vnde opinatus est, inter cetera beneficia Curialibus concessa, illud quoque a Friderico tributum fuisse, vt in rebus immobilibus aliorum Curialium alienandis, eis concederetur praelatio. Quam opinionem amplexus est Rendella ad *h. Const. v. sub eodem seruitio*. Qui coniectauit quoque intelligi posse eiusdem feudi homines, quia eidem baroni seruiunt, & de iis dici potest esse sub eodem seruitio.

60. Aliam dedit interpretationem Antonius Caputus *ad h. Const. v. ex aliqua parte*. Ipse quidem nomine eorum qui sunt sub eodem seruitio audit Curiales, sed sub ea denominatione intelligit, qui eiusdem Curiae alicuius municipii sunt addicti, qui *decuriones* vocitantur. Hinc opinatus est, decuriones, praedia congruentia possidentes, aliis congruentibus possessoribus in alienatione praeferendos esse. Immo subdit, praeferendum esse decurionem, etsi ex minima parte congruentem, etiam iis, qui ex tribus lateribus sunt coniuncti.

61. Ad obtinendam autem eorum verborum tutam interpretationem non aliunde, quam a Lecapeniana Constitutione lux speranda: ad eam igitur recurramus. Quod in Fridericiana Constitutione iis exprimitur verbis *post hos vocentur omnes, qui sunt sub eodem seruitio*: in Lecapeniana legitur: *dein adiacentes consortes*: & paucis interiectis, qui consortum nomine intelligi debeant, sic exponitur: *Consortes autem dicimus omnes, qui sub eodem censore praescripti sunt, etsi in diuersis locis sua tributa soluant*. Quod igitur *seruitium* dicitur in Constitutione Fridericiana, in Lecapeniana appellatur *census*. Et sane apud scriptores infimae latinitatis nomine *seruitii* designatur reditus, tributum & quaecumque alia huiuscemodi praestatio. Testes de hac re sunt *Ordinat. Reg. Francor. tom. 3. pag.* 597. vbi legitur: *Cum mensura, quam dabimus nostris mensurabitur in dicta villa in mercato, & extra, ita tamen quod ad antiquam mensuram reddentur seruitia*. Et Terrarium Humberti de Villars an. 1319. *Confitetur tenere tertiam partem prati sub seruitio anno quolibet trium solidorum, & octo de-*

nar-

nariorum. Qui igitur communi census vinculo tenentur super praediis congruentibus impositi; in alienatione eorumdem praediorum reliquis coniunctis possessoribus, nullo alio potiori ligamine inter se adstrictis, sunt praeferendi.

62. Census autem, de quo fit mentio in Lecapeniana Constitutione, non publicus, qui proprie tributum diceretur, audiendus est; sed priuatus qui nempe alicui priuato pro iure emphyteutico, vel reseruatiuo debetur. Concipi enim aliter non potest, si de publico censu ibi sermo esset, quomodo sub eodem censore sunt praescripti, & in diuersis locis sua tributa soluunt. Sensus igitur est: praeferendos esse possessores praediorum confinium eiusdem census priuati vinculo subiectorum, etsi minime conciues, omnibus aliis possessoribus congruentibus, eidem censui haud adstrictis, quamuis conciuibus; vt abrogaretur hoc modo, quod statutum fuerat ab Impp. Leone & Antemio in *L. vnic. C. non licer. habitat. metrocom.*

63. Postremo loco ad praelationem vocentur ii, qui neque sanguinis; neque communionis, neque societatis, neque census, sed sola praediorum coniunctione ligantur. Quum vero saepissime eueniat, eidem alienando praedio non vnum, sed duo, vel plura adiuncta esse praedia, quorum quisque possessor praelatione frui desiderat, quis ordo seruandus sit in praelatione concedenda, obseruare nunc oportet. Regulam hac de re praebet ipse Imperator Fridericus hisce verbis: *vnusquisque portionem suam accipiat*. Quod clarius expressit Lecapenus: *pro rata ipsimet inter se id distribuant, vel alicuius opera atque arbitrio id fiat*.

64. Dubitationem non leuem mouet Fridericiana locutio: *vnusquisque portionem suam accipiat*; num scilicet aequalis vel inaequalis portio sit tribuenda possessoribus, qui distrahendo praedio inaequaliter congruunt. Etenim pernotum est in iure, quum de portione fit mentio; & eius quantitas non adiicitur; aequalem esse intelligendam, *L.* 164. §. 1. *D. de V. S. L.* 43. *D. de vsufr.* & *L.* 34. *in fin. D. de legat.* 1. Eam tamen dubitationem amouit Lecapenus, quum scripsit: *pro rata*. Rata autem idem sonat, ac rata pars, h. e. pars aequipollens, & quae cuique secundum proportionem debetur. Quum igitur huiuscemodi portio debeatur ob fundum congruentem, ad modum congruentiae maior vel minor portio est concedenda. Quod consonat Graecorum legibus additis ipsi Constitutioni Friderici a Matthaeo de Afflictis, vbi legitur: *secundum illam propinquitatem, quam ipsi habent*. Hinc si distrahendo praedio tria alia congruant, quorum alterum quinquaginta, alterum centum, & tertium biscentum palmorum tenet coniunctionem, in septem partes praedium est tribuendum, & vna pars illo; duae isto, & quatuor huic, sunt concedendae. Et ita in aliis disparibus coniunctionibus similis adhibebitur proportionata diuisio.

65. Huic generali regulae quatuor DD. subnectunt exceptiones, quarum prima certa est, reliquae tres dubitationem continent. Certam repetunt

ex eo Graecorum capitulo, iterr alij a Matthaeo de Afflictis relato post Constitutionem Friderici. *Cap. I. post §. XV.* Capituli verba haec sunt: *Vt qui habent protomisim a tribus partibus illorum potior sit venditio; & vna pars ibi nihil habeat. Quod si habeant a duabus partibus, collatione facta, recipiant eam omnes; sicuti propinquitatem habent.* Si igitur quis suis praediis alienando praedio tribus ex lateribus congruat, alter ex vno tantum; illi integrum praedium concedendum, huic nulla pars. Si vero duobus ex lateribus alter congruat, alter ex tertio, vel plures ex aliis duobus lateribus, pro portione rata quisque accipiet partem suam.

66. Duae iuris quaestiones ex praefato capitulo proficiscuntur, quarum prima est; *num praeferendus sit possessor tribus ex lateribus congruens praedio pentagono, dum alter possessor vni, vel reliquis duobus lateribus congruit?* secunda quaestio est: *an praeferendus sit, qui ex tribus lateribus congruit quidem praedio quadrilatero, sed tria latera in totum non occupat; quum vnius vel duorum ex tribus occupatis lateribus alicui parti alii congruentes possessores adhaerent?* Et in vtraque quaestione firmiter opinandum, nullam praelationem concedendam esse ei, qui ex tribus lateribus congruit, sed praedium pentagonum, vel quadrilaterum, cui in toto ex tribus lateribus non occupatur, inter finitimos possessores pro rata coniunctionis diuidendum esse. Huiusce opinionis praesidium in ipso Constitutionis fine repositum est. Concedit praelationem Constitutio, vt res distrahendae ad eum reuertentur, a quo profectae praesumuntur. (*Cap. II. n. 5.*) Quum quadrilaterum praedium ex tribus lateribus integris amplectitur a praediis ab eodem domino possessis, praesumtionem maximi ponderis inducit, fuisse partem subductam a praediis circumiacentibus, & hinc ad totum, vnde diuulsa fuit, reuertere debere. Quae sane praesumtio cessat, dum integra tria latera ab eodem possessore non occupantur, vel occupantur quidem, sed in praedio pentagono. Et in hoc articulo probamus opinionem de Afflictis *de iur. prothom. §. 7. item de ipso prothomisi n. 5.*

67. Non adsentiendum tamen eidem de Afflictis *l. c. n. 3.* vbi opinatur coniunctum ex tribus lateribus praeferendum esse consanguineo, vni tantum lateri adhaerenti; & cum consanguineo simul concurrere debere, dum hic in praedio pentagono duo latera occupat. Opinionis suae fundamentum in eo positum est, quod sanguinis ligamen idem ius in praelatione praestat ac coniunctio in vno praedii latere; vnde, hoc falso perstructo fundamento, ita ratiocinatur: Coniunctio ex tribus lateribus vincit eam, quae est ex duobus tantum; quum igitur extraneus est coniunctus ex tribus lateribus vincit consanguineum, qui vni tantum lateri adhaeret, quia ob consanguinitatem habetur tamquam coniunctus ex duobus lateribus: Eodemque modo argumentum adstruit, dum in praedio pentagono consanguineus ex duobus coniungitur; quia tunc consanguineus ex eius hypothesi habetur tanquam coniunctus ex tribus

la-

lateribus aeque ac extraneus, qui tria latera occupat; hinc inter extraneum & consanguineum diuidendum praedium deducit.

68. Non est autem, qui perspectam non habeat falsitatem fundamenti huiusce opinionis. Sat enim pernotum est, sanguinis ligamen superius esse omni alia reali coniunctione, & hinc cognatum, in minima parte praedii distrahendi confinem, omnibus aliis finitibus possessoribus praeferri. Vocatur sane consanguineus ad praelationem sine vlla praedialis coniunctionis praefinitione: *In primis vocentur parentes, qui sunt coniuncti*. Igitur consanguinitas iniuria aequiparatur coniunctioni ex vno praedii latere. Porro si consanguinitatis ligamen coniunctioni ex vno latere esset aequiparandum, illud sequeretur, quod coniunctus ex duobus lateribus aeque ad praelationem esset admittendus cum consanguineo ex vno tantum latere congruenti. Quod etiam a veritate sit alienum, non est, qui non videat.

69. Ad dubias exceptiones nunc deueniamus: quarum sedes est apud de Franchis *in decis.* 530. vbi tres exagitantur quaestiones, quarum vna principalis, duae subalternae dici possunt. Prima est, an vicinus recte agat contra vicinum, qui emit fundum vtrique congruentem: inde posito, quod petere valeat, oritur secunda: an vicinus qui rem emtam possidet, integram tradere debeat vicino tam petenti, vel partem sibi congruentem retinere valeat; tandem surgit tertia an vicinus contra vicinum magis congruentem retinere posset rem emtam, quae commodam non patitur diuisionem.

70. Ad primam quaestionem quod attinet, refert ibi de Franchis opinionem Napodani, quae quum tota innitatur consuetudini Neapolitanae *Si ex vno latere*, tit. *de iur. congr.* accommodari nequit speciebus Constitutioni Fridericianae pertinentibus, & hinc non est cur heic transcribatur. Dicam igitur, non deesse Doctores neque Tribunalium decisiones, praeoccupationis ius sustinentes. Et quemadmodum, dum agitur de retractu consanguineorum, in concursu plurium dispari gradu coniunctorum proximiorem remotiori praeferunt; inter aeque coniunctos rem diuidunt; in praeoccupatione vero, etsi a remotiori obtenta, proximiorem excludunt; ita in retractu ex congruo, concurrentibus pluribus vicinis, aeque contingentem partem concedunt; altero vero vicinorum emtione rem occupante, ceteros excludunt, quamuis res emta commodam pati possit diuisionem. Opinantur hoc modo, quia credunt, finem suum iam obtinere Constitutionem, quum res a vicino non ab extraneo adquiritur, & hinc cessare retractum, qui ad id dumtaxat conceditur, vt extraneus excludatur. Conf. Sande *Lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 9.

71. Nobis tamen arridet contraria opinio, quam fouet maior Doctorum numerus, vt pote magis Constitutioni consona. Imperator enim omnibus congruentibus possessoribus praelationem pro modo coniunctionis concedi voluit. *Quod si plures sint in iure pretimescos, omnibus denuncietur, vt vnusquisque partem suam accipiat*

piat. Neque hoc praecipitur venditori, dum vult rem transferre in extraneum emtorem; sed generatim quum alienare cuicunque desiderat. Omissa hinc denunciatione, congruentem possessorem tum in extraneum, quum in vicinum possessorem ius retrahendi exercere posse dicendum. Aequum tandem non est, vnius vicini festinatione laedi ius alterius vicini, *arg. L. 68. in fin. D. de adquir. her. L. vlt. D. ad S.C. Silan. L. 3. §. 5. D. de non. oper. nunc.* Si igitur vicino pars fundi ante alienationem iure congrui debebatur, ea perfecta, retractus est concedendus, de Afflictis *de iure prothom. §. 1. n. 42.*

72. Dubitandi ratio in secunda quaestione, an scilicet integrum fundum retrahenti emtor dare deberet, vel partem sibi congruentem retinere posset, ex eo oriebatur, quod ob perfectam emtionem confusa erant iura retractus, nec poterat emtor vicinus aduersus seipsum ius illud exercere. Sed quum a iure non sit alienum, confusa iura ex noua caussa separari, & reuiuiscere, *arg. L. 116. §. 4. D. de legat. 1. & L. 19. pr. D. comm. diu.* dicendum, congruens praedium inter emtorem & retrahentem pro modo coniunctionis diuidendum. Et ita nobiscum opinatur de Afflictis *de iur. prothom. §. 1. n. 44.* Porro, si integrum concederetur, integrum ab eodem vicino, qui concessit ex eadem congrui caussa peti posset; quod ius quum denuo aeque competeret vicino, orirentur iudicia perpetuo inter ipsos duratura; quod absurdum.

73. In tertia quaestione opinatur de Afflictis *l. c.* locum esse praeuentioni; eique adsentimur, quum retractus exercetur ex consuetudine Neapolitana: *Si quis emit*, tit. *de iur. congr.* non vero quum retrahitur ex Constitutione Fridericiana. Siquidem Neapolitana consuetudo praedium aeque diuisum vult inter eos, qui ex altero latere inaequaliter congruunt. Si igitur idem retrahendi ius est ei, qui magis, ac qui minus congruit, & in pari caussa melior est conditio possidentis, *arg. L. 10. D. de pign. & hypoth.* dum a vicino, etsi minus congruente, res emta fuit, & ea commode diuidi nequit, quia rem ipse possidet, ius retentionis in ea exercebit ob praeuentionem. Aliter vero res se habebit iure Constitutionis, quae quum maius ius tribuat ei, qui maiori ex parte congruit, iure hic petet rem emtam ab eo, qui minori ex parte coniunctus est, *arg. L. 5. D. famil. ercisc. & L. 16. D. de reb. auct. iud. poss.* de Afflictis *l. c.* Guido Papa *dec. 411. n. 3.* Ant. Gomez. *ad l. 70. Taur. n. 13.*

74. Generali propositae regulae de diuisione fundi in tot partes, quot sunt congruentes possessores, postrema addenda exceptio proficiscens ex fundo emphyteutico, qui in partes non est scindendus cum incommodo domini directi, qui canonem non ab vno, sed a pluribus per partes exigere deberet, siue, vt ait IC. Gaius in *L. 2. D. de exerc. act.* *Ne in plures adversarios destringatur, qui cum vno contraxerit*. Si tamen coniuncti possessores aeque emphyteuticos fundos ab eodem domino directo possideant, quum

quum nullo tunc incommodo adficiatur dominus, immo contra; etenim canon, qui a tribus *ex. gr.* exigendus erat, a duobus percipiet; diuisio hinc non deneganda. Ponamus exemplum: Tres fundi emphyteutici A. B. C. sub eodem censu constituti sunt; soluit A. octo, B. decem, C. duodecim aureos annuos canonis nomine. Venditur B. petuntque praelationem vel retractum A. & C. aeque proximi. Diuidendus quidem tunc est B. & augebitur canon A. ad tredecim, C. ad septendecim, & ita triginta, quae a tribus praestanda erant, soluentur a duobus tantum.

75. Quum huiuscemodi ius praelationis & retractus proficiscatur ex coniunctione praediorum; mere personale dici nequit: inhaeret enim rei congruenti, ex qua illud hauret possessor. Vnde fit, quod sine ipsa re, ex qua proficiscitur, cedi & transferri nequeat. Conf. Petr. Marcell. Corradini *de iur. praelat. q.* 10. *n.* 1. Idque adeo verum est, vt a vicino alteri vicino facta proprii iuris cessio, nullius momenti est. Sed quae pars vni vicinorum super congruente alienando vel alienato praedio pertineret, nonnisi iure adcrescendi, siue potius non decrescendi alteri vicino accedit. Qua de re, si ex tribus rei alienatae, vel alienandae possessoribus congruentibus alter alteri in tertii praeiudicium cederet partem sibi contingentem, nihil ageret, sed pars repudiata reliquis duobus vicinis pro modo coniunctionis praediorum accrescit, *arg. L. vn. C. quand. non pet. part. pet. accr.* de Afflictis *de iur. prothom.* §. 1. *n.* 42. & 43.

76. Facta inutiliter cessione iuris congrui siue extraneo possessori siue conuicino, quaestio exagitatur, an cedens ad ius suum reuertere possit, tamquam illud nunquam cessisset. Negatiuam opinionem tenet Tiraquellus *de retract. lignag.* §. 26. *gloss.* 1. *n.* 7. *ad fin.* cuius opinio nobis maxime arridet, quamuis contrarium sentiant Cyriacus *contron.* 254. *n.* 22. & de Luca *ad decis.* 228. de Franchis. Etenim Tiraquelli opinio solidum praesidium habet in *L.* 18. §. 1. *D. de adqu. poss.* & in *L.* 66. *D. de iur. dot. cum aliis inibi allatis:* contraria vero sententia omni destituta est legitimo fundamento.

77. Cum ipsa re alienandae vel alienatae congruente nedum cedi & transferri potest ius praelationis & retractus, sed ipso iure in successorem siue vniuersalem siue singularem transit, adeo vt opus non est speciali huiusce iuris cessione, sed DD. opinione sat est generalis clausula a Notariis adponi solita: *cum omnibus iuribus*. Sanfelicius *dec.* 171. Tiraquellus *l. c. gloss.* 1. *n.* 36. Mea tamen sententia est, nec generali hac clausula indigere nouum possessorem ad exercendum ius congrui, quod ad auctorem suum pertinebat. Etenim quum sit ius rei congruenti inhaerens, ad similitudinem seruitutis praedio debitae, sine cessione ad nouum praedii dominum transit cum sua caussa. *L.* 12. §. 2. *D. famil. ercisc. L.* 18. §. 2. *D. de pign. act.* Hinc si legatum fuerit praedium, cui ius praelationis, vel retractus iam quaesitum erat, quamvis in legato non adponatur clausula

praedicta; non idcirco denegabitur legatario exercitium iuris a testatore adquisiti, *arg. dd. LL.*

78. Ex quibus consectarium est, in successore siue vniuersali siue particulari ea tantum congrui iura transferri, quae realia seu praedialia dici possunt, minime vero, quae sunt personalia, vt pote incommunicabilia, *L. 21. D. de vsu & hab. L. 8. §. 3. D. de liber. legat.* Vnde fit, quod heres, legatarius, vel emtor, qui congruenti cognato succedit, poterit quidem experiri adquisita iura praelationis vel retractus, ita tamen vt alios vicinos non cognatos minime excludat, sed cum ipsis pro modo coniunctionis concurrat. Olea *de cess. iur. tit. 3. q. 2. n. 2. & seqq.* Immo, si aliquis cognatus alienatae rei adhaereat, ab hoc excludetur; nisi & ipse quoque cognationis ligamine alienanti iungatur. Idque vsque adeo verum habent nonnulli DD. apud Corradini *l. c. n. 21.* vt quamuis lis cum cognato super congruo fuerit contestata, successorem non cognatum iure ex cognatione proficiscente vti non posse tenent. Cui tamen opinioni minime adsentior; quum contestationis sit ille effectus, vt iura etiam personalia ad successorem transeant; Testem hac de re habemus *L. 6. §. fin. D. & L. 5. C. de inoff. testam. & L. 15. pr. D. de iniur.* ex quibus adparet, querelam inofficiosi testamenti, & actionem iniuriarum, quae intuitu personae conceduntur, quamuis ad successores non transeant ante litis contestationem, post eam tamen successores etiam extranei iure illas prosequuntur. Conf. Petr. Gregorius *in syntagm. iur. vniu. lib. 26. c. 15.* & Ant. Gomez *ad l. 70. Taur. n. 5.*

79. Licet autem ius retractus transeat cum re congruente, tamen si qui, non denunciato vicino, fundum suum alienauit, infra decennium congruentem fundum adquisierit, fundum a se alienatum minime retrahere poterit: Iure namque a possessore ei opponetur exceptio doli mali, quae replicatione noui adquisiti iuris minime repelletur, teste Vlpiano in *L. 17. D. de euict.* vbi: *vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse submoueri, nemini dubium est; quamuis alio iure dominium quaesierit.* Porro; qui alienat, non denunciato vicino, dolum admittit; quum vero venditor ob praetermissam a se denunciationem alienatum fundum retraheret, fructum caperet admissi doli, quod iura minime patiuntur. *L. 1. C. si tut. vel cur. fals. allegat. excus.*

80. Eademque ratione, qui alterum ex duobus congruentibus praedis alienauit, partem a se alienati praedii minime petere poterit iure retractus, dum non denunciatus vicinus integrum ab extraneo, vel eius partem ab altero vicino vult retrahere. Non ita tamen res se habebit, si emtor voluntaria venditione idem praedium in alium siue extraneum siue vicinum vult transferre, tunc enim iure primus venditor fundum congruentem possidens, vel integrum ab extraneo, vel partem a vicino retrahere poterit. Disparitatis ratio in eo reposita est, quod dum venditor retrahere petit cum vicino non denunciato in prima venditione, petit praedium ex eodem contractu, quo ipse illud alienauit. Retractus enim

nouum

nouum non inducit contractum, sed rem adquirere facit ex primo contractu cum alio celebrato. Conf. Petr. Marcellus Corradinus *de iur. prael. q. 5.* merito hinc venditori, retrahere volenti, opponetur exceptio rei venditae & traditae, vel potius doli. Quum vero ex noua venditione idem praedium alienatur, nouum ius oritur omnibus finitimis possessoribus, inter quos, quum adnumeretur primus venditor, iure cum aliis ad retractum concurret. Et ita quidem licet dubitabundus opinatur de Afflictis *oper. cit.* §. 1. n. 48. & ibi Rummus cum Doctoribus ab eo allatis.

81. Vt autem venditor hoc ius cum aliis vicinis experiri possit in voluntaria alienatione ab emtore facta, oportet transcursum sit decennium a prima venditione; etenim per decennium, perseuerante adhuc iure vicinorum non denunciatorum in prima venditione, poterunt ex eo retrahere, omissa actione ex secunda alienatione proficiscente, & ita ipsum primum venditorem excludent, cui ex prima venditione, vt dictum est (*n. praec.*) nullus super re a se ipso alienata competebat retractus. Nemine autem aliorum vicinorum retractum exercente; poterit ipse venditor ex noua alienatione infra decennium facta iure retractum experiri aduersus extraneum emtorem.

82. Ius retractus, quod nouus possessor experitur super fundo congruente alienato, vicinis non denunciatis, est id ipsum, quod adquisiuit ille, a quo caussam habuit. Si igitur nullum quaesitum fuit ius primo possessori, a successor eius, siue vniuersalis siue particularis nullam retractus actionem exercere poterit ob regulam vulgarem, quae dictat, neminem plus iuris in alium transferre posse, quam ipse habet, *L. 54. D. de R. I.* Finge, quod qui ab ecclesia, a fisco, vel ab alio, cui a Constitutione denegatur ius praelationis, emit fundum congruentem fundo sine denunciatione alienato, aduersus huiusce possessorem non poterit retractum exercere; quia ecclesia, fiscus &c. nec illud ius experiri poterant. Conf. Maranta *de diuers. alien. disp.* 8. n. 59.

83. Contra igitur sentiendum si ecclesia, vel fiscus, aut alius, cui a Constitutione denegatur ius retractus, rem adquisierit ab eo, cui retrahendi ius erat, posse nempe ecclesiam, (vbi ei adquirendi facultas non denegatur) vel fiscum &c. adquisita iura retractus exercere. De Afflictis tamen *op. cit.* §. 6. n. 15. Rendella *de iur. prot.* §. *scriptum est*, v. *Ecclesia*, & omnes alii horum pedissequi contrariam fouent opinionem, ea ducti falsa ratione, quod dum res incipit pertinere ad ecclesiam, desinit habere vicinitatem & coniunctionem. Sed quaeso retractus inspiciendus est vel tempore, quo adquiritur, dum nempe alienatur praedium sine denunciatione, vel tempore, quo exercetur. De hoc dici nequit, alias laicus, qui infra decennium emit ab ecclesia praedium congruens praedio sine denunciatione alienato, retractum exercere posset; nam dum retrahit, non amplius adest qualitas ecclesiastica, quae retractui est impedimento. Sed hoc falsum, vt ipsi laudati DD. consensu

 teneut,

tenent, & *n. praec.* demonstratum est; inspiciendus igitur retractus tempore, quo adquiritur. Si ita res est, dum ortum habuit retractus, facultas eius adquirendi non denegabatur possessori rei congruentis; ergo nec deneganda ecclesiae, fisco; &c. qui in eius locum & iura successerunt. Porro possessor non proprio sed alieno iure, cedentis nempe retrahit. Sat autem in iure protritum est cessionarium esse cedentis procuratorem in rem propriam. Procuratorem autem omnia iura cedentis seu mandantis sine diminutione exercere posse, nulli dubium est ob *L. 55. §. 3. D. mand.* Fatendum igitur, adquisita iura retractus ad successorem quemcumque transire, etsi proprio iure a praelatione excludatur.

84. Si alienando, vel alienato fundo congruat fundus emphyteuticus; non immerito quaeri solet, cuinam praelatio, retractusue concedendus: dominone directo, an emphyteutae? Et sane non est inter DD. qui inficiatur competere emphyteutae, Napodanus *ad consuet. 1. de iur. congr. v. alicuius;* & ibidem Sebastianus. de Afflictis *de iur. protom. §. 1. n. 39.* Rendella *de iur. protom. v. per emphyteusim, n. 27.* Gratianus *discept. forens. 741. n. 32.* Caballus *lib. 1. cons. 102.* ea ratione; quod emphyteuta fundum possidet; non dominus directus. Porro ius retractus reputatur tamquam fundi fructus; & hinc cum reliquis fructibus ad emphyteutam, non ad dominum directum pertinere debet: ac tandem si ad eliminandum malum vicinum huiuscemodi praelatio conceditur, nonnisi emphyteutae tribuenda, qui incommoda ex malo vicino proficiscentia sustinere deberet.

85. Fingit hinc de Afflictis, venditam fuisse domum, cui aliae duae congruebant, earumque alteram esse in pleno dominio Titii; alteram in solo directo eiusdem Titii, vtili vero Caii: quaerit inde, cui eorum retractus esset concedendus? Prima fronte, ipse respondet, videretur dicendum, integram domum ex retractu ad Titium pertinere; sed inde subdit: *in contrarium tamen est veritas; scilicet, quod ambobus competit, quia illud ius, quod dominus directus habet in domo emphyteutica, non est in consideratione quoad allocandam rem venditam iure congrui ab emptore; immo ipsi emphyteutae, qui habet vtile dominium, competit ius agendi conditione huius legis; vt supra dictum est, & patet: quia si venditur domus collateralis domui emphyteutae, emphyteuta potest petere ius congrui, & non dominus directus; qui non habet congruitatem.*

86. Quamuis vero certum sit, emphyteutae, non domino directo praelationem deberi; tamen in caussa inter D. Ferdinandum Franchi agentem ex congruo contra Baronem D. Iosephum Zambra, orta est dubitatio, an perpetuo a retractu esset excludendus dominus directus, vel dumtaxat in concursu cum emphyteuta. Reus enim conuentus de Zambra ad eludendam saltem ex parte actoris intentionem, nonnullos emerat fundos, fundo a se retrahendo confines, vt hoc modo ex iure venditorum ad partem retractus admitti posset. In ea controuersia scribens pro actore Franchi patefeci rationibus

supra

supra allatis, denegandam esse Baroni Zambrae quamcumque partem fundi ab ipso possessi, & a Franchi retrahendi, ea ratione, quod fundi emti erant in dominio dumtaxat directo venditorum; &, hinc quemadmodum illis nullum erat ius retrahendi, ita nec ipsi Zambrae emtori. Opinabatur in eo iudicio Clariss. D. Nicolaus Vespolus, tunc temporis Praesidens Regiae Camarae, nunc meritissimus Aduocatus Regalis Patrimonii, denegandam non esse Zambrae partem fundi retrahendi, etsi dominium tantum directum adquisiuisset super praediis congruentibus emtis. Etenim, aiebat, de Afflictis l. c. edisserit de concursu domini directi cum emphyteuta, a quo directus merito excluditur; emphyteuta vero iuri suo renunciante, vel eo vti nolente, ad dominum directum hoc ius deuolvi debere. Porro addebat ipse Clariss. Praesidens, interest etiam domino directo malum non habere vicinum, quamuis tempore venditionis fundum congruentem non possideat; euenire enim potest, dominium vtile cum directo ex deuolutione consolidari; & eo casu dominus directus cum suo incommodo malum inueniet fundo suo vicinum non ferundum.

87. Hisce difficultatibus sequentibus responsionibus occurri; & quidem I. quamuis de Afflictis finxerit speciem concursus domini directi cum emphyteuta, rationes tamen contra directum allatae genericae sunt; ait enim, ius domini directi non esse in consideratione, eo quod ipse congruitatem non habet. Quae ratio nedum excludit dominum directum concurrentem cum emphyteuta, sed cum alio quocumque, siue vicino siue extraneo. Addendum insuper possideri rem emphyteuticam ab emphyteuta, non a domino directo. Si igitur hic non possidet, nec dum emphyteuta vtitur, nec dum vti non vult iure retractus, deficiente iuris fundamento, nempe possessione, & ipsum ius deficiat oportet. Vlterius dici potest, quod si renunciante emphyteuta, admitteretur ad retrahendum dominus directus, duplici vinculo praelationis adligaretur vicinus, quod aequitas non patitur. Nec obstare dicebam, quod ob deuolutionem vtile cum directo dominio consolidari poterit; ex iure enim incerto, & tantum possibili actio certa, & actu fructuosa concedenda non est. Fideicommissarius namque, cui post fiduciarii mortem, vel post certum tempus res fideicommissaria restituenda est, nequit retrahere rem venditam, fundo fideicommissi congruentem, etiamsi fiduciarius eidem iuri renunciauerit; multo minus igitur id facere poterit dominus directus, cui non quidem extra dubitationem, vt in fideicommissario, sed sub incerta spe vtile dominium adquirendum erit. Possessio enim, ex qua retractus proficiscitur, oportet sit penes eum, qui vult retrahere, tempore venditionis; nec satis est, si postea adquiratur, vt recte ex Corneo *cons.* 151. aduertit Tiraquellus §. 1. *gloss.* 9. *n.* 44.

88. Neapolitanae consuetudines, quae prostant sub tit. *de iure congrui*, in pluribus articulis se diuerterunt a Constitutione Fridericiana. Et sane recesserunt quo I. ad personas, quibus in alienatione rei immobilis conceditur re-tra-

tractus ; II. ad contractus : III. ad tempus retrahendi : IV. ad denunciationem : V. ad pretium : VI. ad quantitatem rei retrahendae ; VII. ad perſonas aduerſas quas retractus exerceri poteſt ; & VIII. ad iura coniunctionis, de quibus omnibus opportunis locis ediſſeremus. Et ad perſonas retrahentes quod attinet, nullum adhibent diſcrimen inter cognatos, ſocios, extraneos, & ſub eodem ſeruitio poſitos; ſed quiſquis rem immobilem congruentem rei alienatae poſſidet, modo ab ipſis conſuetudinibus id ius ſpeciatim ei non ſit interdictum, rem alienatam retrahere valet. Excipiunt tantum eos, qui rem communem poſſident, eoſque inuicem in alienatione partis praeferunt omnibus congruentibus poſſeſſoribus; conſuet. *ſi quis habet domum*, verſ. *Inſuper*, tit. *de iur. congr.*

89. Inter congruentes vero poſſeſſores non omnes ſimul ad retractum admittunt, ſed diſtinguunt eos, qui congruunt lateribus rei alienatae ab iis, qui congruunt capitibus; & primum illos, inde hos, illis deficientibus, vel iuribus ſuis renunciantibus, retrahere permittunt; conſuet. *vbi domus*, eod. tit. Praeterea illis, qui lateribus ſunt coniuncti, non eam tribuunt partem, quae praediali coniunctioni correſpondet, ſed ei, qui ſolus vni lateri adiungitur, integram medietatem praedii alienati concedunt, reliquam medietatem tribuunt inter eos, qui alteri lateri adhaerent, ſecundum modum adhaeſionis, conſuet. *ſi ex vno latere*, eod. tit.

90. Quae autem ſint latera, quaeque cuiuſque praedii ſint capita conſuetudines non expreſſerunt. Multa quidem ad hanc rem illuſtrandam congeſſit Napodanus in *Gloſſ. ad h. conſ. n.66.* ſed quum nihil certi ponat, rem adhuc in latenti poſt eius laborioſam collectionem iacere fatendum eſt. Nouam igitur opus eſt complanare viam, per quam incedentes propoſitum adſequamur. Sit igitur. Neapolitanae conſuetudines collectae & in ſcripturam redactae fuerunt initio Saeculi XIV. Conf. *Inſtit. noſtr. iur. Neapol. proleg.* §. *XXX.* hinc nonniſi infima latinitate conſcriptae. Apud eius ſaeculi antecedentiumque ſcriptores vox *caput* inter permultas, quas tenet ſignificationes, vt plurimum adhibetur ad denotandum alicuius rei principium; exemplo ducto a ſacris chartis, vbi legitur: *in capite libri*, pro in principio libri; *in caput anguli &c.* Principium autem in praediis eſt locus, per quem ingreditur. Vnde Bartolus *in tract. de inſul. v. quod frequenter*, ſcripſit: *caput rei dicitur locus per quem ingreditur, & ſi per omnes eſt ingreſſus, dicitur, quod eſt verſus meridiem, pes verſus ſeptentrionem*. Quae Bartoli doctrina multum confert ad intelligentiam veteris chartae ſub an. 1065. apud Vghellium in Epiſcopis Teatinis: *habens fines a capite-fine Caſalonga. & fine peſco Dolati Ioannis Boni, pede-fine Albertono, de vno latere-fine foſſate ficco, ab altero latere terra &c.* In deſignatione igitur terminorum alicuius fundi locus per quem ingreditur dicitur *caput-finis*, locus oppoſitus dicitur *pes-finis*, loca hinc inde adiacentia *latera* vocitantur. His perſtructis facile eſt intelligere compilatores Neapolitanarum conſuetudinum ſub voce

a ca-

a capitibus nedum locum, per quem ingreditur, sed & ei oppositum nempe pedem seu finem designare voluisse; quod etiam fit a sacris scriptoribus, apud quos caput nedum principium, sed etiam finem designat. Conf. idem Napod. *l. c.* Et hoc satis consonat locutioni earumdem consuetudinum; etenim capitibus opponunt *latera*, quae apud laudatum Vghellium sunt loca hinc inde *capiti*, & *pedi* adiacentia.

91. Si vero praedium alienatum fuerit pentagonum, puto, tria eius latera capitum loco habenda esse, illud nempe per quod ingreditur, & duo alia huic obiecta; quae vero hinc inde sunt posita, haec proprie latera secundum consuetudinem sunt appellanda. Etenim quum in ipsis consuetudinibus laterum fit mentio, duo tantum numerantur, capitum vero indefinita est locutio.

92. Qui igitur possident praedia coniuncta lateribus praedii alienati, ipsis primum ius retractus conceditur, exclusis possessoribus praediorum a capitibus coniunctorum. Inter ipsos a latere possidentes ita fit diuisio, vt si vnus ab vno, alter ab altero possideat, quamuis eorum adhaesio sit inaequalis, quisque tamen medietatem consequetur. Non aequa vero fiet diuisio inter eos, qui vni lateri impariter adhaerent, sed vnicuique ea portio erit tribuenda, quae congruentiae praedii correspondet, conf. *si ex vno latere*. Reiicienda hinc, vtpote falsa, opinio Carol. de Rosa in conf. *si quis emit*, *n. 16.* qua tenet aequam diuisionem faciendam inter eos, qui vni fundi lateri impariter adhaerent; opponitur enim claris verbis d. consuet. *si ex vno latere*, vbi legitur: *qui sunt ex alio latere petere possunt iure praedicto reliquam medietatem rei emptae, quilibet quae est iuxta domum, fundum &c.*

93. Deficientibus possessoribus a latere coniunctis, vel quia non sunt, vel quia consuetudinibus retrahere prohibentur, aut quia iuri suo renunciarunt, iis conceditur retractus, qui a capitibus iunguntur, consuet. *vbi demus*. Nec in concursu plurium diuersam opinor debere esse diuisionem, ac inter eos, qui ad latera iacent. Igitur si vnus congruat ab vno, alter ab altero capite, aeque inter eos facienda erit diuisio, quamuis impariter adhaereant; si vero vnus sit ab vno, duo vel plures sint ab altero capite medietas illi, altera medietas istis pro modo coniunctionis erit tribuenda, *arg.* consuet. *si ex vno latere*.

94. Miramur autem Carol. de Rosa ad d. conf. *si quis emit*, *n. 17. & seq.* non agnouisse differentiam inter latera, & capita sesquipedalibus verbis in ipsis consuetudinibus expressam. Fingit hinc speciem de eo, qui adhaerens duobus vel tribus lateribus, cum eo concurrit, qui tertio vel quarto lateri est coniunctus; & statuit, in tres, vel quatuor partes rem venditam diuidendam esse, vt tertia, vel quarta pars detur ei, qui ex vno latere, duae vel tres ei concedantur, qui duobus vel tribus lateribus est coniunctus. Et magis mirari contingit, dum adserit secundum hanc opinionem fuisse iudicatum; a quo autem Tribunali, vel inter quos litigatores res ita fuit definita

nita, quum non significet, merito dici potest, Carolum de Rosa ita somniasse. Et sane dum aliquis coniungitur duabus partibus rei alienatae, vel hae partes sunt latera, vel capita, vel altera latus, caput altera. Si quidem primum; vel coniunctus occupat integra latera, & tunc excludit alterum coniunctum possessorem, qui nonnisi vni ex capitibus adhaerere potest: vel occupat integrum vnum, ex parte alterum latus, & tunc ob coniunctionem cum vno integro latere debebitur ei medietas praedii, consuet. *si ex vno latere*, ob partialem inde coniunctionem cum altero latere, cui quoque alter vicinus est coniunctus, debebitur pars pro modo coniunctionis. Si secundum, nempe si adhaeret duobus capitibus, nulla pars ei debebitur, dum alter vicinus latus occupat; quum iam demonstratum sit, coniunctos a capitibus vti non posse iure retractus, dum est qui coniungitur a latere, consuet. *vbi domus*. Si tandem tertium, h. e. si vna pars sit latus, altera caput, nulla quidem coniunctionis a capite habenda erit ratio, quia extat coniunctio a latere; & tunc vel alter vicinus adhaeret alteri lateri, vel alteri capiti; si lateri, praedium aeque inter eos erit diuidendum; si capiti integrum obtinebit ille, qui lateri coniungitur. Patens igitur, & nulla excusatione dignus censendus error Carol. de Rosa in hisce narratis iuris articulis.

95. Ius adcrescendi, vel potius non decrescendi, quod ex Constitutione Fridericiana statuitur, *arg. L. vn. C. quando non petent. part. petent. accresc.* iure consuetudinario expresse praecipitur, consuet. *si ex vno latere*. Si quis igitur ex pluribus adiacentibus possessoribus ius retractus exercere desiderat, dum reliqui vicini proprium ius repudiant, integram rem retrahere debet; quod si tantum partem rei suae adhaerentem obtinere vellet, exceptione, ab ipsa consuetudine proficiscente, repelletur. Et licet consuetudinis verba ad eos pertineant, qui sunt coniuncti a lateribus, quum tamen nulla disparitatis ratio adferri possit pro iis, qui sunt a capitibus, idem ius eos tenere fatendum est, *arg. L. 32. D. ad L. Aquil.* cum aliis allegatis a Ioan. Oldendorpio *Topic. legal. loco* a ratione *form. 1. & 2.*

96. In retractu domorum diuersae a praefatis sunt obseruandae regulae. Etenim si alicuius domus pars superior non ab eodem domino possideatur, a quo possidetur inferior, in alienatione alterutrius partis, alteruter possessor omnibus aliis coniunctis siue a lateribus, siue a capitibus in retractu erit praeferendus, consuet. *si quis habet domum*. Si vero domus pluribus dietis sit composita, primum omnium consuetudines vocant qui possidet dietam inferiorem alienatae coniunctam; hoc deficiente, admittunt, qui coniunctam possidet dietam superiorem, consuet. *si domus habeat*. Quum vero coniuncti ab inferiore, vel superiore parte iure suo vti nequeunt, vel non possunt, vocantur ad retractum, qui adhaerent lateribus; tandem, qui sunt coniuncti a capitibus, consf. *vbi domus*.

97. Huiuscemodi praefatae regulae in domorum retractu obseruandae licet sint statuta consuetudinum Neapolita-

litanarum, & de iis altum sit silentium in Constitutione Fridericiana, tamen non tantum in Neapolitano territorio, sed ibi quoque sunt exequendae, vbi ipsa Constitutio in vsu est, & diuersae ab hisce non sunt peculiares consuetudines. Siquidem quum Neapolis sit vrbs mater, eius consuetudines habent vim interpretandi in dubiis articulis a iure communi, vel municipali minime definitis, vt testatur IC. Iulianus in *L. 32. D. de LL.* ibi: *De quibus caussis scriptis legibus non vtimur, custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est: & si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum & consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc ius quo vrbs Roma vtitur, seruari oportet.*

CAPVT IV.

De iis, quibus ius congrui denegatur.

SVMMARIVM.

1. *Nonnulli priuantur iure retractus in poenam; nonnulli ex priuilegio: & quinam illi?*
2. *Obligatio denunciationis officii est, & licet ad necessitatem redacta, ob ingrati tamen vitium extinguitur.*
3. *Iniuria inter primos actus animi ingrati adnumeratur.*
4. *Tam realis, quam verbalis iniuria oportet sit atrox.*
5. *Manus impiae quae dici debeant?*
6. *Quid si vicinus vicinum ex ignorantia offenderit?*
7. *Etiam iniuria illata in aliquem ex vicini familia, vel iactura in eorum patrimonio eundem effectum gignit.*
8. *Quando iniuria intelligitur sublata remissione?*
9. *Quando extinguatur morte?*
10. *Heres iniuriam facientis an priuandus praelatione?*
11. *Denegatur praelatio ecclesiae, viae publicae, & curiae.*
12. *An ciuitas, seu vniuersitas ex re quam possidet retractum exercere valeat?*
13. *Argumenta adducta pro negatiua, & num. seq.*
15. *Rationes adductae pro vniuersitate.*
16. *Decisio huiusce iuris articuli, eiusque ratio.*
17. *Ciues singulares ex possessione rerum demanialium retractum exercere valent.*
18. *Clerici, & loca pia laicalia, quibus adquirendi ius non denegatur, legibus congrui subiiciuntur?*
19. *Qui ab ecclesia caussam habet non est immunis a retractu, nisi sit pia domus, & hospitale Sanctae Mariae Annunciatae Ciuitatis Neapolis.*
20. *Fisci priuilegium in iure congrui.*
21. *Quae baronum bona a iure congrui eximuntur.*
22. *Rustici, & homines non liberae conditionis excluduntur a retractu ex consuetudinibus Neapolitanis aduersus ciues, & incolas eiusdem ciuitatis.*
23. *An ciues Neapolitani, & incolae idem ius experiri valeant contra rusticos, & homines non liberae conditionis.*
24. *Ciuis Neapolitanus, etsi non incola*

cola contra rusticum retrahere valet.
25. *Noua interpretatio pro rusticis, data ab Ill. Marchione D. Erasmo Ulloa y Seuerino, & num. seqq.*
28. *Decisio S. C. pro rusticis.*
29. *Difficultates, quibus noua interpretatio premitur, & n. seq.*
31. *Quae pro noua opinione facere videntur, ipse Marchio non aduertit.*

A Personis ad praelationem retractumque idoneis, ad eas nunc intuendas progrediamur, quibus huiusce modi iuris exercitium vel in poenam, vel ex priuilegio denegatur. In poenam quidem priuantur ii, sunt verba Constitutionis, *qui atroces iniurias, vel manus impias venditori vel eius familiae intulerunt, vel ipsius substantiae grauem iacturam moliti sunt, vel contra eius vitam nisi sunt.* Ex priuilegio vero consuetudine constituto, denegatur retractus *viae publicae, Ecclesiae, & Curiae.*

2. De personis in poenam hoc iure priuatis animaduersione dignum est, obligationem vicini praeferendi vicinum in rei immobilis alienatione officii magis esse quam necessitatis. Siquidem si ex necessitate ea obligatio proficisceretur, ob iniuriam quamcunque, vel aliud quoduis malum a vicino illatum, ab ea vicinus minime liberaretur. Quemadmodum, qui mille e. g. ex mutuo mihi debet, semper ea praestare mihi cogitur, quamuis atroces iniurias, vel damnum graue, aut vtrumque simul a me sit passus. Sane me non latet eam imperfectam obligationem perfectionem suam accepisse a Fridericiana Constitutione, quae praecepit, non licere possessori rei immobilis eam alienare, nisi denunciauerit congruentibus possessoribus. Nouum tamen non est in iure, vt quae primum officii erant, inde necessitatis sint effectae; sed hinc non fit, quod nullum sit discrimen inter ea quae ab initio ex officio, & ea quae ex necessitate profecta sunt. Satis enim pernotum est, patrem a lege cogi filium instituere, quod ni fecerit, filiumque sine iusta caussa exheredauerit, eius testamentum iure subuertetur. Sed quonam remedio, nisi querela inofficiosi testamenti? *L. 2. & 3. D. de inoff. testam.* Et hoc ideo quia ea institutio officii primitus fuit; & licet inde necessitatis euaserit, tamen semper, quae officii sunt, in ea spectantur. Vnde fit, quod si filius ingrate erga patrem se gesserit, non iniuria poterit ab eo exheredari. *Nouell.* 117. Donare officii est, *L. 15. §. 2. & L. 29. pr. D. de donat.* non necessitatis; postquam vero donatum est, necessitatis efficitur, adeo vt non amplius permissum est donanti rem donatam auocare, *L. 3. 4. & 5. C. de donat.* Si tamen donatarius ingrate erga donantem se gesserit, merito reuocabitur donatio, *L. vlt. C. de revoc. donat.* Ita pariter, quia praelatio, quae a vicino conceditur, officii est; si hoc officium ob ingrati animi vitium demeruerit vicinus, iure a vicino eo priuabitur.

3. Inter ingrati animi vitia, ob quae vicinus amittit praelationem, Imperator Fridericus, exemplum Iustiniani sequutus in *L. vlt. Cod. de revoc. donat.* primo loco adnumerat atrocem iniuriam. Iniuriae nomine non ver-

verbalis tantum, sed realis quoque intelligenda est, etsi haec secundo loco expressa dici possit verbis illis: *vel manus impias*. Siquidem manus impiae non pertinent ad iniuriam dumtaxat, sed potius ad damnum, quod humano corpori iniusta vi infertur. Iniuria enim in specie est delictum existimationem imminuens, idque etiamsi manu fiat, sine patientis tamen dolore inferri potest, dum quis nempe pulsatur, at non verberatur, *L. 5. §. 1. D. de iniur.* Manuum impiarum nomine intelligenda sunt verbera, aliaque male facta, quae humano corpori damnum adferunt, quaeque multoties ab iniuria in specie longe esse possunt, & potius a L. Aquilia, *L. 13. D. ad L. Aquiliam*, quam ab alia lege vindictam recipiunt.

4. Iniuria igitur hoc loco tam verbalem, quam realem contumeliam designat; vtraque tamen oportet sit atrox. Hinc est, quod simplex, hoc est leuis iniuria vicinum a praelatione minime excludit. Conf. Prosp. Rendella *op.laud. §.licet, autem v. iniurias n. 3.* Atrox autem iniuria dicitur nedum, quae ex atrocitate dicti, scripti, vel facti procedit, veluti si quis furem, vel lenonem alicui dicat, vel in eum scribat, si oculum percutiat, vel alapam iniiciat, aut aliam nobilem corporis partem offendat; sed ex sententia IC. Claudii Saturnini in *L. 1. §. 16. D. de poenis*, quae licet in se leuis, fit tamen atrox ex circumstantiis personarum, loci, aut temporis; puta si subditus, vel humilis persona senatori, magistratui, domino, equiti eam intulerit: si in theatro, in templo, in foro, vbi est populi frequentia, vel in conspectu iudicis, & similia. Errat hinc de Afflictis *de iure proth. §. 2. licet enim n. 4.* &. sibi ipsi contradicit cum dictis *ibid. n. 2. vers. quae autem dicatur atrox iniuria*, dum opinatur, iniuriam, ob quam vicinus iure congrui priuandus, talem esse debere, quae vicini corpus offendat; vnde deducit, quod si vicinus vestimenta vicini inciderit, quia eo modo corpus non laedit, in poenam non incidere amissionis iuris congrui; quum ex iam dictis sit patefactum satis, vicinum praelatione retractuque priuari, etsi verbis tantum vicinum infestauerit.

5. Manus impiae, idem ac manus violentae, & iniustae cum animo doloso damni faciendi coniunctae. Si igitur vicinus ad propriam, vel suorum defensionem cum moderamine inculpatae tutelae vicino vim intulerit, quum cesset tunc iniustitia actionis, *L. 3. D. de iust. & iur. L. 1. Cod. vnde vi*; a praelatione, de qua agimus, minime arcessendus erit, vt nobiscum consensu tenet de Afflictis *de iur. proth. §. 3. licet enim n. 3.* Cum eo tamen non quaeram, an eadem poena dignus efficiatur vicinus, si vim iniustam non manu, se pede, vel capite, aut alia quacumque corporis parte vicinum offenderit; huiuscemodi enim quaestiones pueriles sunt, Iurisconsulto minime dignae. Manuum quidem tantum meminit Constitutio, quia vt plurimum manibus vis infertur; tamen ne verba captemus, sed potestatem legis attendentes, *L. 17. D. de LL.* dicendum, quocumque corporis membro vis iniusta adhibita fuerit, praelationis

priuatione vicinus coërcebitur.

6. Non immerito tamen in disputationem adduci potest, an ea poena dignus efficiatur vicinus, qui, ignorans, vim iniustam in vicinum adhibuit. Pernotum sane in iure est, poena iniuriae teneri, qui alium pro alio, quem volebat, iniuria offendit, *L.* 18. §.3. *D. de iniur.* Vnde videretur dicendum, vicinum eadem poena coërcendum, si sciens, quam si ignorans vicinum offenderit. Verum, omissa de Afflictis *l. c. n.* 4. distinctione ignorantiae simplicis, & crassae, seu supinae, quae ex triuio est; hoc modo ad quaestionis resolutionem procedendum puto. Quum in eadem persona duae pluresve qualitates adesse possint, ob quas diuersis fruatur iuribus, quae sunt iura alterius qualitatis, ad alteram non pertinent: ex. gr. Magistratus retinet qualitatem priuatae personae dum illam personae publicae exercet. Ex quo fit, quod si quis eum offendat tamquam Magistratum, h. e. vt publicam personam, in crimen incidit laesae Maiestatis secundi generis, Hier. Giacharius, *ad Iulium Clarum sentent. lib.* 5. §. *iniuria n.* 43. Si vero tamquam priuatam personam, nonnisi extraordinaria poena iniuriarum mulctabitur, Barbosa *collect. DD. in lib.* 5. *Decretal. tit.* 38. *cap.* 11. *de poenis n.* 5. Ita pariter, si vicinus vicinum ignorans offenderit, quia non vt vicinum sed vt extraneum eum iniuria affecit, tantum iniuriarum poenas dabit, non vero priuabitur iure ex vicinitate praediorum proficiscente.

7. Nedum ob atroces iniurias in vicinum, sed etiam in aliquem ex eius familia illatas eadem poena vicinus coërcebitur. Familiae autem adpellatione, docente Vlpiano *in L.* 195. §. 2. *de V. S.* proprie intelliguntur personae, quas paterfamilias sua sub potestate habet, vel iure, vel natura; hinc filii, nepotes, vxor, serui familiam constituunt. Qui igitur vni ex his, vel iniuriam fecerit, vel vim iniustam intulerit, praelatione a Constitutione concessa priuabitur. In eadem caussa est vicinus ille, qui vicini patrimonio gravem iacturam dolo malo attulit, vel eius vitae insidias struxit, *d. Constit. vers. licet autem*.

8. Quum vero omnis & quaecumque iniuria pereat remissione, siue expressa, *L.* 17. §.1. *D. de pact. L.*11. §. 2. *D. de iniur.* siue tacita, quae colligitur ex dissimulatione irae, & familiari consuetudine cum iniuriante, §. *vlt. I. & L.* 11. §. 1. *D. de iniur.* iniuria quocumque modo a vicino remissa, iniuriantis reuiuiscunt iura, modo, vt recte hic aduertit de Afflictis, *l. c. n.* 6. remissio ante alienationem eueniat; nam si illam subsequatur, non poterit agere iure retractus. Siquidem, quum tempore factae alienationis ob ingrati animi vitium nullum erat vicino ius praelationis, alienatio ei non erat denuncianda; hinc quum iure res fuerit sine denunciatione alienata, nullo modo possessor extraneus infra decennium poterit inquietari. Etenim tunc solum vicino ius retrahendi infra decennium conceditur, quum contra formam Constitutionis res fuerit alienata; sed hoc dici nequit, dum omissa fuit denunciatio ad ingratum vicinum; ergo &c.

9. Mors quoque tum offendentis, cum

cum laesi omnem iniuriarum extinguit actionem, *L.13. pr. D. de iniur.* §.1. *l. de perpet. & tempor. action.* nisi lis fuerit cum defuncto contestata, *d. princ.* Hinc si heres iniuriati alienare voluerit praedium coniunctum praedio eius, qui defuncto iniuriam attulit, sine denunciatione ei hoc facere non licet; & pariter si iniuriatus, defuncto vicino, qui iniuriam fecit, vel manus impias intulit, aut damnum dedit, vel insidias struxit, tenetur, rem alienans, ipsius vicini heredibus alienationem denunciare. Nec mihi arridet opinio de Afflictis, *l. c. n. 6.* distinguentis, an defuncto iniuriato tempus supererit iniuriae querelam proponendi, concedens propterea heredi facultatem exercendi ius, quod defunctus ob temporis defectum exercere non potuit. Etenim quum iniuriarum actio ad heredes non transeat, nisi quum lis fuerit contestata cum defuncto, *d. L. 13. princ.* non est cur distinguamus, dum lex nullam adhibet distinctionem.

10. Multoque minus adsentiendum ipsi de Afflictis opinanti *l. c.* heredes iniuriantis priuandos esse iure praelationis, etsi lis cum defuncto minime fuerit contestata. Ad hanc suam firmandam opinionem adducit *L. vn. C. ex delict. defunct.* quae quidem tribuit actionem in successores eius, qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit, etiam lite cum defuncto non contestata. Sed quum concedat actionem in tantum, quantum ad eos ex delicto defuncti peruenit, non est qui non cognoscat, quod quum nihil ex iniuria, vel violentia defuncti ad heredes vicini peruenerit, nulla res est, quae compensari possit cum praelatione ex praediorum congruentia proficiscente. Rectius igitur dicemus, lite non contestata cum defuncto, heredes esse praeferendos in alienatione rei congruentis, tamquam si nulla intercessisset iniuria.

11. Praeter personas hucusque numeratas, quibus a Fridericiana Constitutione denegatur ius praelationis, ex generali consuetudine insuper denegatur viae publicae, ecclesiae, & curiae. Adest enim adpendix ad Constitutionem hisce verbis expressa: *est autem proprie generali consuetudine adprobatum, quod tria sunt, quae prothomiseos non habent, scilicet via publica, ecclesia, & curia.* Adpendicem hanc esse a priuatis auctoribus Constitutioni adpositam, non est qui inficiari possit. Nullus sane antiquus codex cum Constitutione ea verba exhibet: nec Fridericus dicere poterat extitisse eam generalem consuetudinem contra suam nouam Legem, quae primum apud nos Occidentales ius praelationis in alienatione finitimorum praediorum inuexit. Postquam igitur contra Constitutionem, quae generatim omnibus vicinis praelationem concedebat, consuetudo inoleuit, qua via publica, ecclesia, & curia ab ipsa praelatione arcebantur, vt ius non scriptum, quo scripto derogabatur, omnibus innotesceret, glossographi illud Constitutioni subnectere, operae pretium facere non dubitarunt. Nobis autem eam adpendicem exhibuit Matthaeus de Afflictis *in hoc tractatu* §. 9. & Regens Tapia *de iure Regni Neapolitani lib. 4. tit. de iure prothomiseos.*

12.

12. Primum igitur ipsa consuetudo denegat praelationem viae publicae. Quae autem sit via publica dicam cap. seq. vbi de rebus congruis edisserendum. Hoc loco autem illud in disquisitionem venit, an ciuitas, siue alicuius populi vniuersitas, ad quam via publica, vel alia quaeuis res immobilis pertinet, possit per eam ius praelationis exercere super re immobili congruenti sine denunciatione alienata. Acriter de hac re disceptatum est inter Agnellum de Amato iura Angeli Merenda sustinentem, & Hippolytum Vannium, qui nonnullorum de Grandinetto iura tuebatur. Emerat Angelus partem superiorem cuiusdam domus ab vniuersitate Paterni cum omnibus adnexis iuribus. Finitima erat huic domui altera domus ab ipsis de Grandinetto emta, vniuersitate non denunciata. Petiit Angelus domum ab ipsis de Grandinetto possessam iure retractus vniuersitati quaesito, & sibi venditione cesso. Argumenta, quae hinc inde excogitata, & proposita fuere, ad sequentia summa capita redeunt.

13. Excipiebat Vannius pro illis de Grandinetto possessoribus: ciuitatem non esse adnumerandam inter personas a Friderico ad ius praelationis vocatas; siquidem vniuersitas vera persona non est, &, quum ei personae nomen tribuitur, nonnisi improprie & iuris fictione ita designatur. Hinc Florentinus in *L. 22. D. de fideius.* scripsit: *quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium*. Quemadmodum hereditas non vera persona est, sed iuris fictione, ita & municipium, seu ciuitas. At Fridericus verbo *si quis de parentela &c.* humanam, & veram personam denotare voluit, non fictam, & impropriam; nam verbum hoc, *si quis*, teste Vlpiano in *L. 1. D. de V. S. tam masculos, quam foeminas complectitur*. Veras ergo personas, de quibus tantum dici potest, quod sint masculi, vel foeminae, non fictas, verbum *si quis* designat.

14. Porro sicuti reliquae fictae personae, vt sunt ecclesia, & fiscus a iure praelationis excluduntur; ita quoque ob parem rationem eo iure frui non debet vniuersitas, quae inter fictas quoque personas numeratur. Tandem ad suam firmandam opinionem rem a S. C. iudicatam contra vniuersitatem Vitulani in simili retractus controuersia ipse Vannius adducebat.

15. Contra hoc modo argumentabatur Amatus: nihil interest an vera, an ficta persona praelationem ex congruo petat, quum in iure exercendo par sit vtriusque ratio. Testem hac de re adducebat primo Marcianum in *L. 15. D. ad S. C. Maced.* vbi scripsit: *nihil interest, quis filiofamilias crediderit, vtrum priuatus, an ciuitas: nam in ciuitate quoque SC. locum habere D. Seuerus, & Antoninus rescripserunt.* Secundo Paulum cum Labeone in *L. 22. D. ex quib. cauß. maior. XXV. ann.* qui testatur, edictum Praetoris, quo absentes in integrum restituuntur, ad ciuitates etiam pertinere. Tandem Gaium, qui vicem priuatae personae ciuitatibus, & vniuersitatibus tribuit in *L. 16. D. de V. S.* consonat Papinianus in *L. 81. D. de furtis*; & Imp. Antoninus in *L. 2. C. de iur. reipub.*

16. Caussa pro Merenda vniuersitatis

tis cessionario definita fuit, vt refert Carolus Tapia *lib. 4. de iur. regni Neapol. rubr. 17. de iur. prothom.* Contra tamen in alio facto eadem iuris controuersia decisa videtur ab eodem nostro S. C. Si res tamen penitus intuatur, non minima inter vtramque facti speciem adparebit differentia, quae oppositis inter se decisionibus iustam praebuit caussam. Denegauit retractum S.C. in caussa vniuersitatis Vitulani, quia ius congrui proficiscebatur ex bonis communibus, vulgo *demanialibus* ipsius vniuersitatis: concessit vero in caussa vniuersitatis Paterni, quia oriebatur ex bonis propriis, & quasi patrimonialibus ipsius vniuersitatis. Discriminis ratio in eo posita videtur, quod res communes, siue demaniales proprie non videntur esse vniuersitatis, seu ciuium collectiue acceptorum, se vniuscuiusque ex ipsa ciuitate; quum commodum rerum communium quilibet ciuium senciat, non vniuersitas tota. Contra vero patrimonii vniuersitatis vsus haud conceditur cuilibet ciui separatim, sed vniuersitati, seu ciuibus collectiue sumptis. Et licet dicatur, rerum demanialium proprietatem esse penes vniuersitatem, vsum vero penes quemcumque ciuem, tamen illa proprietas est inane nomen, quum ab ea perpetuo fructus abscedit. Hinc IC. Gaius in *L. 8. D. de vsu, & vsufructu legato* ait, municipibus non vltra centum annos eo frui debere, ne inutilis sit proprietas, a qua perpetuo fructus abscedit.

17. Quamuis denegatur vniuersitati praelatio in alienatione praediorum rebus demanialibus congruentium, non est tamen deneganda illis ciuibus, qui res ipsas demaniales tamquam domini possident. Siquidem quum fundi demaniales nonnullis ciuibus iure cuiusdam perpetuae coloniae conceduntur, ex ea concessione ius proficiscitur dominio proximum, seu vtile dominium; ob quod possessores, seu coloni omnes illorum fundorum industriales fructus percipere valent. Qua de re Card. de Luca *de seruit. disc. 6. n. 6. & de feud. disc. 61. & 82.* scripsit, dominium rerum demanialium ciuibus iure quodam perpetuae coloniae concessarum diuisum esse inter ciuem possessorem & vniuersitatem; nam illi est ius excludendi caeteros ciues a perceptione fructuum industrialium; huic vero, nempe vniuersitati, & proprie singulis ciuibus, est facultas (sectis segetibus) percipiendi fructus naturales. Si igitur iure dominii saltem vtilis rem demanialem possident, praelatio in alienatione fundorum congruentium non est eis deneganda; quamuis aliud scripserim, interueniens caussae, vt dici solet, in controuersia agitata in Regia Camara Summariae inter D. Annam Plagese, & fratres Sarapo ciuitatis Castellanetae.

18. De ecclesia, quae secundo loco a iure praelationis ex consuetudine arcetur, nunc esset agendum; sed quum generali lege lata ab anno 1769. sublata sit huiusce regni ecclesiis omnis adquirendi facultas tum inter viuos, quum mortis caussa, nedum lucratiuis, sed etiam onerosis titulis, cessant hinc disquisitiones, quae hac de re fieri consueuerant. Duo vero hoc loco monenda censeo; quorum pri-

primum est: in disceptationem vlterius venire non posse, an sub nomine ecclesiae singuli clerici comprehendantur, quum iam regali rescripto dato ad Regalem Camaram S. Clarae XVI. Kalendas Aprilis 1769. statutum fuerit, clericos aeque ac laicos iure retractus vti posse; atque in curiis laicalibus omnes retractus ex congruo quaestiones etiam contra clericos exagitandas esse. Alterum est, ea pia laicalia loca, quae sub generali adquirendi prohibitione non comprehenduntur, quia qualitas ecclesiastica iis non est addicta, iure praelationis ex congruo, tamquam caeteri ciues, frui & idem pati posse tenendum est.

19. Qui ab ecclesia caussam habent posse iure congrui conueniri non est ambigendum; quidquid contra sentiat Rendella *de iure prothom.* §. *scriptum est.* v. *Ecclesia n.* 11. vbi allegat *de Afflictis in princ. Consilt. n.* 8. qui licet primo negatiuam opinionem proponat, postea tamen multas refert contrarias Doctorum auctoritates, ita vt dici potest, nihil certi adserere, & in hoc articulo aquam ei haesisse. Falso quoque principio nititur argumentum ab ipso Rendella ad hanc rem conflatum. Quum necessitas denunciandi, ipse ait, imposita sit venditori; ecclesia vero vendens non tenetur denunciare vicinos; hinc est, quod in alienatione ab ecclesia facta, non est locus praelationi. Falsitas huiusce argumenti reposita est in adsertione, quod ecclesia non tenetur denunciare, & vt lingua logicorum loquar, est petitio principii. Quamuis enim ecclesia ex consuetudine, vt supra dictum est, dum adquirit, non possit conueniri iure congrui, nec illud exercere, dum adquirunt alii; non inde tamen sequitur, quod dum distrahit, non debeat vicinus alienationem denunciare. Quid enim damni sentit ecclesia, dum possessoribus congruentium praediorum alienationem denunciat? Idem pretium, eumdem canonem, eamdemque mercedem, quam ab extraneo acciperet, vicinus ei praestabit. Cur ergo hoc beneficio priuabit vicinum contra regulam iuris, *quod tibi non nocet, & alteri prodest, faciendum?* Illud solummodo dubitationem faciebat in hoc articulo, quod res ecclesiae nonnisi sub hasta alienabantur, & quae hac sollemnitate in alium transferuntur, retractui minime subesse plures opinantur doctores; vt de hac re dicetur fusius *Cap. V. de alienat. retractui subiectis*. Sublata tamen ecclesiis repetitis regalibus rescriptis facultate alienandi sub hasta, omnis hac de re cessauit dubitatio. Excipiuntur ab hac generali regula pia domus, & hospitale S. Mariae Annunciatae huiusce ciuitatis Neapolis, quibus priuilegium indultum fuit a Rege Ferdinando I. die 15. Martii 1420. ne ementes eorum bona retractu ex congruo conueniri possent. Confer. de Franchis *decis.* 383. & Petra *in addit. ad decis.* 98. Capycii *lit. A*.

20. Tertio loco a iure praelationis excluditur curia, h. e. fiscus Regius, qui ad ecclesiae similitudinem nec agere, nec conueniri potest iure congrui. Insuper illud priuilegium fisco tributum est, quod ab eo caussam habentes, eodem

eodem iure fruantur. Etenim rem a fisco quocumque titulo accipientes, statim securi fiunt, nullaque de caussa turbari possunt, *L. 2. & L. 3. C. de quadrien. praescript.* Idemque ius stat pro iis, qui rem Principis patrimonialem, vel priuatam adquirunt; quum, inter fiscalia, & Principis patrimonialia bona nullam agnoscendam esse differentiam, placuerit Iustiniano in *d. L. 3.* ibi: *quae enim differentia introducitur, cum omnia Principis esse intelligantur, siue ex sua substantia, siue ex fiscali fuerit aliquod alienatum?* Adparet hinc, falsam esse opinionem de Afflictis, *d. §. 9. n. 22.* denegantem retractus actionem tantum aduersus eum, qui emit rem fiscalem, non vero Principis patrimonialem.

21. Placet nonnullis, nedum Reges caeterasque summas potestates fiscum habere, sed etiam Duces, Marchiones, Comites, etsi alienae subiectos potestati, modo iurisdictione cum mero imperio fruantur. Qua de re eorum bona ementes, vel in emphyteusim, vel locationem accipientes, iure congrui conueniri non posse. Ita quidem res stare nobis videtur, si alienentur bona feudalia, in quibus ipsi barones dicuntur procuratores fisci in rem propriam, Mastrillus *de Magistrat. lib. 4. c. 16. n. 8.* fiscique iuribus nituntur: non vero si alienent bona burgensatica; nam quum iis nullum datum sit fiscale priuilegium, omnino iuri retractus ex congruo subiecta esse tenendum, vt nobiscum sentit Rendella *§. est autem n. 17.*

22. Consuetudines Neapolitanae nedum ecclesiae, & viae publicae, sed rusticis quoque, & hominibus non liberae conditionis retractum ex congruo denegant contra ciues Neapolitanos, & incolas liberae conditionis. Sunt autem rustici, vt ait Napodanus ad consuet. *vbi domus n. 70.* qui ruralia opera faciunt, siue in villis, siue in ciuitate habitent; etenim serui rustici, vel vrbani non ex loco, in quo habitant, sed ex opere, quod exercent, iudicantur, *L. 60. §. 1. & L. 99. D. de legatis 3.* de Franchis *decis. 337. n. 2.* Dicuntur autem homines non liberae conditionis, qui sunt ex aliquo feudo, vulgo *vassalli* alicuius baronis, quamuis Neapoli domicilium faciant. Tam illis, quam his retractus denegatur tum aduersus ciues, cum aduersus incolas huiusce ciuitatis liberae conditionis; quamuis contra rusticos recte ciues Neapolitani actionem retractus exercent.

23. An vero idem ius experiri possunt ciues Neapolitani contra eos, qui rustici non sunt, sunt tamen homines non liberae conditionis: & an incolae conditionis liberae retrahere possint a rustico, vel ab homine non liberae conditionis; ex verbis consuetudinis colligi non potest; inibi enim haec tantum leguntur verba: *Ciues autem contra ipsos rusticos ius ipsum possunt libere exercere.* De ciuibus contra homines non liberae conditionis adfirmat Napodanus *ad d. consuet. n. 75. lit. Q.* ea ductus ratione, quod quum idem ius statutum sit pro ciuibus contra rusticos, & homines non liberae conditionis, ne scilicet a ciue retrahant, nullum adparet discrimen, cur ciues contra illos, non vero contra hos retra-

ctum exercere possint. Incolas autem liberae conditionis silentio praetermisit idem Napodanus; ob paritatem tamen rationis puto, quod consuetudo plus dixit, sed minus expressit, nempe etiam incolis, & contra rusticos, & contra homines non liberae conditionis retractum concedi voluisse.

24. Vt autem homo liberae conditionis a retractu rusticorum, & hominum non liberae conditionis sit immunis, atque vt aduersus eos valeat retractum exercere sat non est, si in territorio huiusce ciuitatis ea immobilia bona possideat, ex quibus retractus proficiscitur, sed vlterius oportet sit incola. Ait enim consuetudo, *contra ciuem, & habitatorem ciuitatis Neapolis*, quod obseruauit Napodanus *ad d. consuet. n. 63.* Qui recte subdit *ib. n. 72.* opus non esse, quod ciuis sit quoque incola; sufficit enim esse ciuem, etsi alibi domicilium habeat; & contra sat est Neapoli habitare cum libera conditione, quamuis non sit ciuis. Porro obseruat idem Napodanus, rusticum excludi quidem a retractu contra ciuem, hominemque liberae conditionis; non vero contra rusticum, & hominem non liberae conditionis; hinc si huiuscemodi homines rem comparauerint, alii eiusdemque qualitatis homines retractum iure experientur; quia cessat tunc consuetudinis fauor, qui tantum ciuem respicit, incolasque liberae conditionis, *arg. L. 1. pr. D. de off. eius, cui mand. est iurisd.*

25. Nouam tamen huic consuetudini, *vbi domus*, dedit interpretationem Illustris Marchio D. Erasmus Vlloa y Severino Regius Consiliarius sua opinione, vulgo *voto*, prolata in caussa inter Notarium Gasparem de Martino emptorem cuiusdam domus cum paruo adiuncto rure, quam iure congrui retrahere petiit rusticus Michaël Antiero. Suam interpretationem ita struxit laudatus Consiliarius. Consuetudines Neapolitanae, quamuis in scripturam redactae anno 1306. tamen ab antiquissimis huiusce ciuitatis temporibus, dum nempe graecae leges imperabant, introductae fuerunt; & vt nonnullis videtur, quamplurimae ortum habuerunt a Nouellis Constitutionibus Graecorum Impp. qui postremis temporibus Neapoli dominati sunt, vt acute coniectauit Auctor historiae ciuilis, *tom. 5. cap. vlt.* quod quidem ex collatione consuetudinum, & Nouellarum facile colligi potest. Credibile autem non est, Imperatores Bizantinos, quibus pernotum erat, apud Romanos tribus rusticas honoratiores fuisse vrbanis, voluisse rusticos liberae conditionis impari, & deteriori iure in controuersiis cum aliis ciuibus iudicari. Nec vlla adparet aequitatis ratio, cur huiuscemodi homines, qui assiduis laboribus, & vigiliis suis ciuili societati necessaria ad vitam parant, peioris conditionis in iure congrui esse debeant.

26. Ex quibus deducit, sub nomine rusticorum non liberos homines rei rusticae operam dantes intelligi debere, sed agricolas qualitatis seruilis. Etenim quum Romani & libera iam Republica & magis sub Imperatoribus ob immensam latitudinem agrorum bellis adquisitorum, molles iam facti, agrestem vitam omnino deseruerint, seruis agrorum culturam penitus demandarunt.

27.

27. Difficultati inde occurrens, quae ei obiici potuisset, seruos nempe nihil proprii habere, vnde nec praedia possidere, ex quibus congruum proficisceretur, nec pecuniam in dominio tenere, qua pretium retrahendi fundi soluere possent; respondit, non omnes agricolas in iure Romano fuisse eiusdem integrae seruilis conditionis; erant quidem originarii, & adscriptitii, quibus erat vera conditio seruilis; at coloni Palestini, Thracenses, Illyricani, & similes, licet essent cuiusdam seruilis conditionis, quia fundos, quos colere susceperant, deserere eis non permittebatur; in reliquis tamen, eodem iure ac homines liberi vtebantur. Tandem subdit, nullam extare S.C. decisionem, qua rustici liberae conditionis a iure retractus fuerint exclusi, & tantum de hac consuetudine meminisse de Franchis *decis.* 337. vbi actum de quodam telae textore Villae Portici, qui retrahere volens aduersus ciuem Neapolitanum ab hoc, tamquam rusticus, a retractu excludendus dicebatur.

28. Ob rationes ab Illust. Marchione excogitatas S. C. damnauit Notarium Gasparem de Martino, qui a M. C. absolutus fuerat ad relaxandum iure congrui domum cum paruo rure adiuncto in beneficium rustici Michaëlis Antiero, teste Iosepho Sorge *enucleat. cas. forens. de contract. inter viuos, cap.* 39. *n.* 4.

29. Multa tamen sunt, quae aduersus nouam adstructam opinionem vrgeri possunt; & quidem I. quamuis detur Illustri Marchioni Vlloa, consuetudines Neapolitanas & a moribus graecis, & a Nouellis Constitutionibus Impp. Byzantinorum suam originem duxisse, nulla tamen adparet ratio, cur consuetudo *vbi domus* potius a Nouellis Constitutionibus, quam a moribus Graecorum sit deducenda: praesertim quum ad nos nulla peruenerit Constitutio, cum qua consuetudo *vbi domus* aliquam teneat similitudinem; II. detur etiam, a Nouellis Constitutionibus ortum traxisse consuetudinem praedictam, non hinc sequitur, sub nomine rusticorum intelligi debere homines non liberae conditionis; immo oppositum adparet ex eo Codice Iustinianeo, ad quem ipse Consiliarius confugit, ad eruendam differentiam inter agricolas in solidum, vel ex parte tantum qualitatis seruilis. Huiuscemodi homines in laudato Codice designantur sub titulis *de agricolis, de censitis, & de colonis*. Et agricolae quidem in solidum erant serui, coloni vero tantum ex parte, vt adparet ex *tit.* 47. 50. 51. & 52. *lib.* 11. *cod.* Rustici vero, vel rusticani erant homines liberae conditionis, qui ruri habitabant, proprios fundos colentes, non alienos, vt faciebant agricolae, censiti, & coloni. Si igitur iuris Romani voces in suis Nouellis Constitutionibus adhibuerunt Impp. Bizantini, rusticorum nomine eos homines designare voluerunt, qui quum essent liberae conditionis, rei tamen rusticae operam dabant.

30. Nec mirum videri debet, si rustici impari iure in ratione congrui, ac alii ciues vtuntur; nam quemadmodum rustici multa priuilegia in iure tenent, ita in multis articulis caeteris ciuibus sunt deterioris conditionis; quos fauores, & odia congerit de Affli-

ctis ad Constit. *Quisquis de burgensibus*, tit. *de reuoc. trans. ad alien. habitas. n. 2. & seqq.* Nec etiam mirum videri debet, si nulla vsque ad id tempus prolata fuerat in hoc articulo S. C. decisio. Etenim, quum ius satis apertum verbis suis in vulgari significatione acceptis exhiberet consuetudo aduersus rusticos, nemo eorum ausus fuerat contra ciuem Neapolitanum retractus ex congruo iudicium instituere.

31. Illud vnum videtur stare pro Illustris Marchionis opinione, quod tamen ipse non perpendit, verba nempe; quae in ipsa consuetudine subsequuntur: *siue habitatoris Neapolis, qui non sit liberae conditionis*. Dictio enim *siue* ampliandi gratia adhibetur, vt testatur Paullus in *L. 30. D. de aur. & arg. legat.* Vnde compilatores consuetudinum Neapolitanarum adhibentes vocem *rustici*, in significationem eorum, qui habitant extra muros ciuitatis, vel castri, in qua eam adhibuerunt Impp. in *L. 1. C. ne rustican. ad vll. obseq. deuoc.* & vt eam adhibuit Bartolus in *d. L. 1. & L. 8. §. 2. D. de iur. codicill.* exprimere volentes, quod consuetudo iam induxerat denegandi scilicet retractum hominibus non liberae conditionis contra ciues Neapolitanos, scripserunt: *vel terra alicuius rustici, siue habitatoris Neapolis, qui non sit liberae conditionis*. Quasi dixissent a retractu esse excludendum hominem non liberae conditionis, siue ruri, siue in ciuitate habitet. Quamcumque autem opinionem amplecteris, erit quod dicas, erit quod iure obuertant alii.

CAPVT V.

De rebus congruis.

SVMMARIVM.

1. *Vicini qui dici merentur?*
2. *Quae impedimenta tollunt vicinitatem?*
3. *Quae via publica, quae vicinalis, quae priuata, & quotuplex?*
4. *Discrimen inter vicinalem, & priuatam.*
5. *Quomodo demonstrari possit, viam esse vicinalem?*
6. *Cessat congruum, quum inter duos fundos intercedit via publica.*
7. *Flumen etiam tollit vicinitatem.*
8. *An duae domus, quae separantur a via publica, coniunguntur tamen per porticum, congruentes dici possint?*
9. *Fundus, vel eius pars, alienatae intermedia, tollit vicinitatem, & hinc praelationem in alienatione.*
10. *An vendita via publica, retractum exercere possint possessores praediorum congruentium?*
11. *Qui alienat, quando retractum exercere possit super re a seipso alienata?*
12. *An in retractu praeferendus sit possessor praedii vrbani possessori praedii rustici?*
13. *Notatur in hoc articulo error Io. de Amicis.*
14. *Et refellitur opinio Napodani.*
15. *Distinctio in hoc articulo adhibenda.*
16. *Possessor praedii vrbani tunc praeferendus possessori praedii rustici, quum*

quum nulla alia qualitas in hoc concurrit, praeter praediorum coniunctionem.
17. *Contra Molfesium demonstratur, posse per solum rusticum praedium urbanum retrahi.*
18. *Proponuntur duae quaestiones: 1.) an si plures res simul vendantur, qui vni adhaeret, debeat, aut possit omnes retrahere, quamuis dissitae? 2.) An vnus vicinorum integram rem retrahere debeat, vel partem tantum, reliquis vicinis iuri suo renunciantibus?*
19. *Exagitatur prima quaestio vsque ad n. 24.*
25. *Proponitur exceptio praecedentis resolutionis.*
26. *Resoluitur quaestio secunda.*
27. *Congruentes dicuntur res immobiles tantum.*
28. *Si vendatur res immobilis cum accessionibus, quid iuris in retractu?*
29. *Quid contra, si vendantur accessiones sine re immobili principali?*
30. *Resoluitur quaestio, adhibita distinctione.*
31. *An fundi demaniales, quos vocant appatronatos, praelationem ex congrua mereantur?*
32. *Narrantur argumenta pro parte negatiua.*
33. *Aliud pro eadem parte nouum argumentum.*
34. *Adhibita distinctione, resoluitur quaestio.*
35. *An retractui subiiciantur iura?*
36. *Refellitur opinio Rendellae.*
37. *Refertur opinio de Afflictis.*
38. *Cum distinctione probatur opinio adfirmantium, & seq.*
40. *An in venditione seruitutum praeferendi sint vicini? & n. seq.*

PRaelatio in alienatione rerum immobilium a Fridericiana Constitutione conceditur iis, qui rem ipsam immobilem alienandam in communione, vel societate tenent; de quibus iam dictum est Cap. III. aut saltem rem immobilem possident, ipsi rei alienandae congruentem; hinc dicitur hoc ius praelationis inter vicinos exerceri, de quibus nunc agendum. Qui autem vicini dici debeant, facile non est in iure definire. Siquidem aliquando vicinus adpellatur, quousque vox clamantis audiri potest, vt in *L.* 1. §. 28. *D. ad SC. Silanianum*. Aliquando vicinus ille nuncupatur in *L.* 8. *pr. D. de nov. oper. nunciat.* cuius aedes conspici possunt. Tandem aliquando vicini dicuntur, qui habent praedia proxima. Nec mirum si vicinitas diuersimode in allatis iuris locis consideretur; etenim cum SC. Silaniano puniantur serui, qui domino interfecto auxilium ferre poterant saltem voce; vt vicini ad clamores succurrentes venirent, merito vicini ibi definiuntur, quousque vox clamantis audiri poterat. Et dum de seruitute constituenda agitur, sat est, si praedium seruiens non multum distet a dominante; hinc est, quod vicinum praedium illud dicitur, quod ab altero praedio conspici potest. *L.* 38. & 39. *D. de S. P. V.* In concedenda vero praelatione ex Constitutione Fridericiana, quum nonnisi ex fundamento communionis saltem praesumptae proficiscatur, vicini illi exaudiendi sunt, qui possi-

possident praedia proxima, siue, vt ait *L.* 4. §. 10. *D. fin. regund.* confinia, h. e. congruentia, seu mutuo inter se tangentia.

2. Dum igitur inter duo praedia aliquod intercedit, impediens, quod inter se tangantur, cessat proximitas, quae praelationi caussam praebet. Solet vtplurimum inter praedia, siue rustica, siue vrbana via interponi, quae quidem vicinitatem auferre videtur. Sed quum non omnis via hunc effectum producat: videndum idcirco, quae sint diuersa viarum genera, vt hinc dignoscatur, quae earum proximitati praediorum sit impedimento.

3. Via, teste Vlpiano in *L.* 2. §. 22. *D. ne quid in loc. publ.* triplex est; *publica* nempe, *priuata*, & *vicinalis*. Publica via ea dicitur, quae super solum publicum constructa est, aliter adpellata *Regia*, *Praetoria*, *Consularis*, *Militaris*, & exitum ad mare, vel flumen publicum, vel vrbem, vel aliam viam publicam habet. *L. vlt.* §. 1. *D. de loc. & itiner. publ. L.* 2. §. 21. *D. ne quid in loc. publ.* Potest quidem via publica constitui super solo priuato, sed tunc solum illud statim fit publicum; quia a summa potestate ad publicum commodum conuersum, siue, vt ait Vlp. *d.* §. 21. *ab eo, qui ius publicandi habuit, vt ea publice iretur, commearetur.* Priuatae vero viae, quae & *agrariae* dicuntur, dupliciter accipi possunt; vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est seruitus, vt ad agrum alterius ducant; vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, in quas exitur de via consulari; & sic post illam excipit via, vel iter, vel actus ad villam ducens. Has ergo, quae post consularem excipiunt in villas, vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse. *d. L.* 2. §. 23. Vicinales tandem sunt viae, quae in vicos ducunt, ex agris priuatorum collatione factae, quarum vna pars in viam regiam desinit, altera sine exitu in ipso vico intermoritur. *d. L. vlt.* §. 1.

4. Quum igitur tam priuatae secundi generis, quam vicinalis viae pars in viam regiam desinat, pars altera sine exitu in agro, vel in vico intermoriatur; illud tantum discriminis inter vtramque viam intercedere dicendum est, quod via priuata super solum publicum ad similitudinem publicae viae constructa est, & ob id tantum priuata adpellatur, quia ad commodum priuatum, dominorum nempe illorum agrorum, ad quos ducit, parata est. Et quia super solum publicum efformata, ideo Vlp. opinatus est *d. L.* 2. §. 23. eam publicam esse. Vicinalis vero non super publico, sed super priuato solo extruitur, ex collatione scilicet agrorum priuatorum, *d. L. vlt.* §. 1. Hinc idem Vlp. *d. L.* 2. §. 22. scripsit, *vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt; has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione priuatorum hoc iter constitutum est.* Aliquando vero viae, quae ad vicos, vel ad agros ducunt, refici solent expensis vicinorum; sed ex hoc dici non potest, vias illas esse priuatas

vatas, vel vicinales; nam refectio illa fit ob vtilitatem, quam ex ea via sentiunt agrorum aediumue domini. Et hinc dum non adparet, viam illam ex collatione fundorum priuatorum efformatam fuisse, sola communis refectio vicinalem esse viam haud demonstrat. *Nam si ex collatione priuatorum reficiatur, non vtique priuata est, refectio enim idcirco de communi fit, quia vsum vtilitatemque communem habet*, ait Vlp. *d. l.* 2. §. 22.

5. Collatio autem priuatorum, quae vicinalem viam efformat, pluribus modis demonstrari poterit; testibus nempe, si hominum memoria eius viae constructio non excedat: scripturis vero, quae vel inartificialem, vel artificialem demonstrationem efficere valent. Inartificialem scilicet, si de ipsa collatione expressum praebeant testimonium, vel in designatione confinium eorum agrorum, inter quos ea via intercedit, continuo, & sine contradictione vicinalem eam adpellent, vel alio aliquo modo vicinalis qualitatem testentur. Artificialem vero, si ex scriptura adpareat, integrum illud territorium, quod ex pluribus agris componitur, sub vnica dominatione olim extitisse, inde inter plures heredes diuisum, vel pluribus per partes venditum, aut in emphyteusim pluribus concessum; nullaque publica via tunc temporis fuisse separatum. Tunc enim viam, quae inter partes intercedit, super priuato solo ad heredum, dominorum, vel emphyteutarum commodum stratam fuisse dubitari nequit; & hinc quia ex collatione priuatorum constructa, vicinalis, non publica est adpellanda.

6. Dum igitur inter duo praedia via publica intercedit, deficere inter ea proximitatem ambigi non potest, quia via publica est quoddam extraneum, quod interponitur. Idemque tenendum, si intercedat via priuata secundi generis, ea scilicet, quae a via publica ad agros priuatorum ducit, ex collatione agrorum priuatorum haud constituta; qua de re altero agrorum alienato, nulla praelatio domino alterius agri est concedenda. Non ita tamen res se habet, si via vicinalis intercedat; haec enim proximitatem minime aufert, quia est pars adiacentium fundorum. Qua de caussa in alienatione vnius, qui alterum possidet, iure praelationem petet, retractumque super fundo, sine denunciatione alienato, exercebit.

7. Eundem effectum publicae viae producit flumen duobus praediis intermedium; siquidem, quum flumen inter publicas res accenseatur, *L.* 5. *pr. D. de rer. diuis.* proximitatem tollit. *L.* 4. §. *vlt. & L.* 5. *D. fin. reg.* Contra vero, si priuatus riuus, vel torrens interponatur, tunc enim vel ad alterum dominorum pertinet, vel est communis vtrique, vicinitatem hinc minime impediens. *arg. L.* 6. *D. fin. reg.*

8. Illud autem dubitationem facit, si inter duas domus via publica sit media, eae tamen coniungantur ex parte superiore per porticum publica auctoritate constructam, (hac enim deficiente esset destruendus, *L.* 21. *& seqq. D. ne quid in loc. publ.*) an via publica, quae est in inferiori parte, proximitatem auferat. Et sane Matth. de Affli-

Afflictis §. 9. verbo *est autem* n. 13. primum refert opinionem Sebastiani ad consuet. Neapolit. *vbi domus*, tit. *de iur. congr.* negantis proximitatem adesse inter praefatas domos, eo quod porticus super via publica sit constructa; & quemadmodum publica via, ita & porticus super ea efformata vicinitatem impedit. Inde suam cum distinctione profert sententiam, quam credit memoriae dignam. Ait enim; coniunctionem non solum inspici debere in solo, sed etiam in superficie, & hinc quum in proposita specie domus separentur in solo a publica via, coniunguntur vero in superficie a porticu, dicendum est, quod si vendatur pars superior alterius domus, praelatio vicino est concedenda ob proximitatem per porticum; non vero si vendatur pars inferior ob separationem per viam. Quae quidem distinctio nobis probanda videtur ob ea, quae inferius dicentur. Sed minime nobis arridet, quae vlterius ipse de Afflictis super hac eadem specie opinatur; nempe retrahi posse partem superiorem, non vero inferiorem, si integra domus alienetur, quia in illa, non vero in hac adinuenitur proximitas. Absurda quidem opinio; etenim si ita res se haberet, vendita domo pluribus composita cubiculis, vicinus qui vni cubiculo adhaeret illud tantum, non integram domum retrahere posset; quo absurdius nihil dici potest. Qui totum alienat, partes quoque, illud totum componentes, alienat; qui vero congruit, non toti, sed parti tantum congruit. Si igitur proximus vni parti ad se retrahit totum, vendita domo, cui ex parte aliquis adhaeret per porticum, integram domum retrahere poterit, quamuis haud congruat parti inferiori ob viam publicam intermediam.

9. Non idem tamen ius stat, si ea fundi pars alienetur, cum qua nulla est proximitas, quamuis haec pars alienata cum ea congruat, cui vicini fundus adhaeret. Finge tria coniuncta praedia A. B. C. quorum A. sit Sempronii, B. & C. Mamertii. Si vtrumque Mamertius alienauerit, vtrumque Sempronius retrahere poterit, quamuis sit coniunctus cum B. tantum; si vero solum C. alienabit, ob praedium B. quod inter A. & C. intercedit, nulla erit Sempronii proximitas, ob quam praelationem petere posset. Idemque dicendum, si alicuius fundi ea pars alienetur, quae nulli praedio adhaereat, relicta altera parte, quae congruit vicinorum fundis, in dominio alienantis; nisi ad fraudandam Constitutionem hoc fiat, *arg. L. 7. D. de condit. instit. L. 7. §. fin. D. qui, & a quib. manumiss.*

10. Non minorem facit dubitationem inter Doctores, an concedenda sit praelatio possessoribus rerum adiacentium viae publicae, dum ipsa via alienatur. Negat de Afflictis, ea ductus ratione, quod a praefata Constitutione, ac etiam a consuetudine viae publicae denegatur praelatio. Igitur, ipse inquit, siue alienetur res viae publicae congruens, siue ipsa via distrahatur, ad aequale ius seruandum, nulla praelatio erit concedenda. Adfirmat vero Napodanus ad *d. consuet. vbi domus, v. quid ergo, si via publica*

publica vendatur; qui licet opinionis suae nullam adferat rationem, ea tamen adduci potest, quod vendita via publica, & in priuatum translata, res priuata efficitur, & hinc priuatarum rerum iure regenda. Vtramque tamen oppositam opinionem non inconcinne adducit in concordiam Prosper Rendella *de iur. prothom.* §. *est autem* verbo *via publica n.* 8. Distinguit Rendella retractum ex Constitutione proficiscentem, & illum, qui a consuetudine *si quis emit*, tit. *de iur. congr.* caussam habet, & in illo opinionem de Afflictis, in hoc eam Napodani locum habere dicit. Etenim Constitutio praecipit vicino, alienationem denunciari; qua omissa denunciatione, ius est vicino retrahendi rem alienatam. Consuetudo vero nullam exigit denunciationem, sed ius tribuit vicino retrahendi rem venditam infra spatium vnius anni a die scientiae numerandum. Dum autem via publica alienatur, nonnisi fiscus eam alienat. Fiscus autem vicinis alienationem denunciare non tenetur, & hinc cessat retractus ex Constitutione, qui tunc oritur, quum omittitur denunciatio ab eo, cui Constitutio eam praecipit. Quum vero consuetudo denunciationem minime exigat, sed tantum ius concedit vicino rem venditam retrahendi; dum via publica emta est a priuato, iam priuata effecta est, poterit hinc vicinus contra priuatum possessorem retractum exercere.

11. Quamuis cuicumque proximo possessori praelatio est concedenda; si tamen venditor praedio alienato aliud proximum praedium possideat, rem venditam retrahere non poterit; etenim qui vendit, id promittere videtur, ne ab emtore rem venditam auocet. Hinc Romanae leges emtori contra venditorem rem a se venditam vindicantem, exceptionem concedunt *rei venditae, & traditae, tot. tit. D. de except. rei vend. & trad.* Et ita nobiscum sentiunt Tiraquellus *de retract. lignag.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 40. Benedellus *de iur. proth.* §. *dederit n.* 5. *&* §. *recipiant n.* 1. Id autem intelligendum est, retrahere nempe non posse ab eo, cui ipse vendidit; si tamen hic alteri alienauerit, tunc poterit primus venditor ex ea noua caussa iure praelationem petere retractumque exercere, *arg. L.* 27. §. 4. *v. ante omnia D. de pact.* Tiraquellus *l. c. n.* 43. Ex quo consectarium est, non licere venditori ad retractum concurrere cum vicino non denunciato, qui ius suum experitur aduersus extraneum emtorem; vicinus enim dum retrahit ex eadem caussa, scilicet ex prima venditione, non ex noua caussa retrahit. Igitur quemadmodum aduersus emtorem venditor agere non poterat, ita nec contra retrahentem ab emtore, cui retrahens in ipsa prima alienatione succedit, *arg. L. vlt.* §. 1. *D. de except. rei vend. & trad.* Secundus emtor vero non ex primo, sed ex secundo contractu rem accipit, & hinc a primo venditore actione retractus recte conuenietur. Tiraquellus *ibid.*

12. Ad praelationem obtinendam proximitas, non vero dignitas praediorum spectanda est; quia nullum discrimen inter rustica, & vrbana praedia

dia posuit Fridericus in saepius laudata Constitutione; sed indiscriminatim dixit: *communem agrum*, *domum*, *vel vineam*. Qua de re dicendum, Imperatorem in alienatione rerum immobilium praelatos voluisse, tam possessores praediorum vrbanorum, quam rusticorum. Vbi enim lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. Cerebrina igitur dicenda est distinctio, quam vulgo adhibent Doctores, dum in concursu coniuncti possessoris praedii rustici cum possessore vrbani, illo excluso, huic praelationem retractumque concedunt. Nata est haec distinctio ex glossa Napodani ad consuet. Neapol. *si quis emit*, tit. *de iur. congr.* v. *domnm num.* 18. Qui quidem non ex iure consuetudinario id deducit, vt falso opinatus est Io. de Amicis *consil.* 1. *n.* 39. *& seq.* Credidit de Amicis, inductum fuisse Napodanum ad eam distinctionem adhibendam a consuetudine *vbi domus*, qua rusticus in concursu cum ciue Neapolitano excluditur ab hoc iure retractus; deduxit hinc ob parem rationem, quod possessor praedii rustici a possessore praedii vrbani repellatur ab exercitio retractus.

13. Fallitur tamen de Amicis. Etenim Napodanus ad firmandam a se inuentam distinctionem non alio vtitur argumento, quam ducto *a L.* 17. *pr. D. de act. empt.* & *a L.* 91. §. 5. & *L.* 93. §. 4. *D. de legat.* 3. Quibus sane nil aliud adstruitur, quam sub nomine fundi legati id tantum venire, *quod terra se tenet*, nempe quod proprie pars fundi est ab eo minime seiunctum; non ita tamen sub legato aedium, quo etiam, quae extra eas sunt, contineri solet, veluti hortus vicinus. Ex quibus regulam efformauit idem Napodanus, quod praedium vrbanum, vti sunt aedes, trahit ad se rusticum, veluti hortum; non vero rusticus, vt est hortus, trahit ad se vrbanum, veluti aedes. Et secundum hanc opinionem bis decisum fuisse a S. C. refert de Afflictis *decis.* 223.

14. Ex allatis a Napodano legibus id proprie demonstratur, quod legata re principali, vt sunt aedes, & accessoria eius, veluti hortus, balneae, & similia, legata intelliguntur. Quod satis innuit Papinianus *d. L.* 91. §. 4. *de legat.* 3. quum ait, *balneas legatae domus esse portionem constabat: quod si eas publice praebuit, ita domus esse portionem, balneas, si per domum quoque intrinsecus adirentur & in vsu patrisfamilias, vel vxoris nonnumquam fuerunt, & mercedes eius inter caeteras meritoriorum domus rationibus accepto ferebantur, & vno pretio comparatae, vel instructae communi coniunctu fuissent.* Ex quibus verbis adparet, quod si ad balneas per ipsam domum non fuisset aditus, si earum mercedes inter reditus eiusdem domus non fuissent relatae, in legato domus minime comprehenderentur. Quid autem ex hoc cum retractu ex congruo? Praedium rusticum proximum vrbano, quod venditur, non est huius accessorium, nec quum venditur rusticum, cui proximum est vrbanum potest hoc dici illius principale, vt inde valeat deduci, quod principale trahit ad se accessorium, non accessorium principale.

15

15. Si tamen a iam in foro recepta sententia recedere displiceat, praesertim quia secundum eam pluries iudicatum est, & vna sit satis sententia in iudicio contradicto ad consuetudinem constituendam, *cap. 15. X. de V. S.* quae est optima legum interpres, *L. 37. D. de LL. SSC. & long. consuet.* Illud animaduertendum est cum Vrsillo *ad d. decis.* de Afflictis, possessorem scilicet praedii rustici non perpetuo excludi a praelatione in alienatione vrbani, sed tunc demum, quum coniunctus per aliud vrbanum eamdem petat praelationem. Ex quo deducendum, quod, vendito simul domo cum rure, horto, alioue rustico praedio adiuncto, quibus sint proximi possessor praedii vrbani domui, possessor vero praedii rustici ruri, horto, vel aliis quibusuis praediis rusticis, possessor praedii vrbani nedum domum, sed rus vel hortum adiunctum ad se retrahet. Eo vero a retractu abstinente, possessor praedii rustici, praeter rus coniunctum, domum quoque ad se auocabit, iure scilicet accrescendi; & ita opinatus est Napodanus *ad d. consuet. si quis emit* v. *domum n.* 18.

16. Illud quoque animaduersione dignum videtur, praelationem, quae ex qualitate praedii vrbani super rustico proficiscitur, tunc solum concedendam esse, quum nulla alia qualitas, praeter proximitatem praediorum in possessore praedii rustici adinuenitur: nam si sit consanguineus, vel socius venditoris, aut rem in communione cum eo habeat, vel tandem sit sub eodem seruitio, possessori praedii vrbani erit praeferendus ea de caussa, quod duo vincula magis ligant, *arg. Nouell.* 118. *cap.* 3. §. *affinitatis Instit. de nupt.* Alexander *consil.* 195. *n.* 6. *lib.* 2.

17. Non me latet, Molfesium *ad consuet. Neapolit. de iur. congr. quaest.* 9. cum nonnullis aliis DD. relatis a Iosepho Sorge *in iurispr. for. de iur. proth. n.* 9. eam fouere opinionem, tunc solum ius esse vicino possessori praedii rustici retrahendi domum, quum in ipso rustico praedio vrbanum adest; quasi tunc rusticum cum vrbano idem efficiatur, & ita idoneum euadat ad retrahendam domum. Eius tamen opinio, quum innixa sit allatae rationi, quod praedium rusticum, in se vrbanum complectens, vrbani qualitates nanciscitur; quia nimis probaret, nihil probat. Etenim si verum esset, quod rusticum praedium ex complexione vrbani huiusce iuribus frui deberet, nedum quum nullum aliud est coniunctum praedium vrbanum, vel huiusce possessore renunciante, sed etiam concurrentibus vno, vel pluribus possessoribus praediorum vrbanorum, cum his ad retrahendam domum esset admittendum. Siquidem si praedium rusticum ob vrbanum, quod complectitur, vrbanum efficitur, tamquam duo adiuncta praedia vrbana domui retrahendae vel pro ratione coniunctionis, si ex constitutione, vel pro ratione laterum, si ex Consuetudine, essent admittenda. Sed quum hoc haud patiatur Molfesius, qui possessorem praedii rustici perpetuo excludit a retractu, dum concurrit possessor praedii vrbani, quamuis illud in se com-

plectatur vrbanum; probabilior dicenda nostra opinio, qua possessorem praedii rustici ad retractum vrbani admittimus, dum nempe nullum est adiunctum praedium vrbanum, vel huiusce possessor iure suo vti nolit, quamuis rusticum praedium nullum vrbanum in se contineat.

18. An in venditione plurium rerum inter se dissitarum, vel vnius tantum possit vicinus, vel debeat super vna, vel omnibus, aut super vnius parte praelationem exercere, difficillimam quaestionem adpellat Petrus Marcellus Corradinus *de iur. praelat. quaest.* 13. Duas finge species, vt quaestionis status magis elucescat; quarum prima sit: vendit Titius vnico pretio fundum Seianum, & cum eo seiunctum fundum Tusculanum: huic proximum est praedium Sempronii; quaeritur, an Sempronius retrahere possit, vel debeat vtrumque fundum, vel congruentem tantum. Sit secunda: vendit Titius fundum tribus fundis coniunctum, quorum duo possessores iure congrui vti nolint; quaeritur, an tertius, qui ius suum experiri desiderat, integrum fundum, vel tantum partem cohaerentem retrahere possit, vel debeat.

19. In resolutione primae quaestionis ipse Corradinus multos primum adnumerat DD. qui opinantur, non posse, nec debere vicinum alium fundum, quam congruentem retrahere, ne venditione plurium rerum, vt ipsi aiunt, via praecludatur vicino exercendi iuris sui; quae sane praecluderetur, si ad vtramque, vel ad plures res emendas vnico pretio venditas adigeretur; quum facile euenire posset, vires eius non suppetere ad integrum illud pretium soluendum, & ita fraudibus pateret aditus. Nec obstare subdunt pretii vnitatem, quod diuisionem pati non posse videtur; etenim vnitas pretii vnam non facit venditionem, sed si plures res nominatim venierint, tot esse venditiones constat, quot sunt res venditae. *L.* 29. *D. de V. S. L.* 72. *D. de euict. L.* 2. *D. de legat.* 2. Iudicem hinc existimare debere dicunt, quodnam pretium pro illa re coniuncta retrahenda a vicino sit soluendum.

20. Secundo loco idem Corradinus eos refert DD. quibus placet, non posse quidem vicinum cum congruente fundo dissitum quoque retrahere, si emtor congruentem tantum dare velit: debere contra & proximum, & seiunctum accipere, si eorum possessor vtrumque offerat, nec alterum sine altero retrahi patiatur. Innititur haec opinio primo *L.* 20. *C. de iur. delib.* qua statutum non licere heredi ex parte instituto, reliquis coheredibus hereditatem repudiantibus partem tantum adquirere, sed integram vel adire, vel repudiare. Quis tamen ignorat, etsi in iure mediocriter versatus, ea ratione non licere hereditatem pro parte adquiri, vel repudiari, quia obstat iuris regula; *non posse aliquem testatum, & intestatum decedere? L.* 7. *D. de R. I.* In reliquis vero adquirendi modis aliter res se habet. Et sane si medietas fundi Tusculani Titio, medietas Sempronio legata fuit, Titio partem suam repudiante, Sempronius integrum fundum obtinebit quidem iure adcrescendi.

di, si ita ei placuerit; nam si displicuerit, accipiet tantum medietatem ei legatam, reliqua parte penes heredem remanente. *L. vn.* §. 11. *C. de cad. toll.* Multo magis si altera res Titio, altera Sempronio legata fuerit. *d. L. vn.* §. 11.

21. Innititur secundo opinio praedicta *L.* 47. §. 1. *D. de minor.* quae quidem primo intuitu eam tutissime firmare videtur. Ibi enim IC. Scaeuola fingit, curatorem praedium, quod cum minore in communione possidebat, vendidisse: inde minorem aduersus venditionem impetrasse in integrum restitutionem; quaerit hinc an venditio in solidum rescindi debeat, vel pro parte minori contingente. Sed statim subdit: *nisi si emptor a toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset.* Igitur dum vicinus vult retrahere fundum congruentem cum dissito venditum, emtore vtrumque offerente, quia alter sine altero emturus non fuisset, vtrumque, vel retrahere, vel dimittere cogetur. Idemque dicendum, si venditor alienationem vtriusque praedii vicino denunciauerit.

22. Oppositarum rationum pondere consternati nonnulli alii DD. mediam elegerunt viam; opinantes nempe tunc vicinum rem proximam cum dissita vno pretio venditam simul retrahere debere, quum altera alterius est accessio, vel ratione officii adeo duae pluresue res inter se sunt coniunctae, vt earum separatione damnosa sit vel emtori, a quo retrahi desideratur, vel venditori, qui alienationem denunciat. Si vero res omnino sint dissitae, nec inter se aliquam habeant relationem, tunc ea tantum retrahi debebit, poteritque, cum qua vicinus coniunctionem tenet.

23. Narrata opinio aequissima sane est, & hinc omnino amplectenda, nisi obstaret responsum Scaeuolae in *d. L.* 47. §. 1. *D. de minor.* quo indiscriminatim in arbitrium emtoris reponitur, integram rem, vel plures res emtas restituere, vel partem tantum earumdem, si alteram sine altera emturus non fuisset. Vnde duo consectaria recte deduci posse videntur; primum nempe, non posse vicinum integrum fundum retrahere, si reliqui vicini iuri suo renuncient, sed eam tantum partem, ex qua congruit, quia emtor dicere posset, se contentum reliqua, vel reliquis partibus. Alterum consectarium est, quod etiamsi duae pluresue res vno pretio sint venditae, quamuis altera alterius non sit accessio, nec sint coniunctae ratione officii; vtramque, vel omnes retrahere debere vicinum, si emtor alteram sine altera emturus non fuisset.

24. Ad firmandam igitur opinionem eorum, qui in praesenti quaestione mediam tenuere viam, oportet enodemus difficultatem proficiscentem ex *d. L.* 47. §. 1. quod non aliter fieri potest, quam inuestigando discrimen inter restitutionem in integrum, & retractum ex congruo promanentem. Et sane emtor, qui bona curatori, & minori communia ab ipso curatore emit, nulli legi fraudem fecit, ob quam poenam sustinere debeat, quod alterum praedium reddere, alterum inuitus retinere debeat; & hinc recte Scaeuola respondit, *quod si alterum sine altero empturus non fuisset, vtrumque*

que minor accipere cogetur. At dum ea praedia emuntur, quae cum aliis congruunt, nisi vicinis venditio denuncietur, in Friderici legem peccatur; & hinc non immerito punitur emtor, vt retineat rem non congruentem, congruente vicino reddita. Praecluditur quoque hoc modo fraudibus via, nam venditores, vt vicinos iure praelationis priuarent, plures res venderent simul, vt vel magno omnium pretio territi vicini, vel incommodo, quod sustinere deberent plurium dissitarum rerum emtione, facillime post denunciationem iuri congrui renunciarent.

25. Praedicta autem intelligenda sunt de retractu proficiscente ex alienatione rei congruentis sine denunciatione vicinis facta. Non ita tamen sentiendum, si, omni remota fraude, duo dissita praedia alienari velint, quia forte alterum sine altero difficile distrahi possit. Tunc enim denunciato vicino, vt vtrumque vel accipiat, vel renunciet praelationi, puto, iniquum esse, denunciatum rem congruentem tantum accipere velle, dissita repudiata, *arg. L.* 74. *D. de R. I.* Ius namque prelationis eam ob caussam vicinis conceditur, quia nullum incommodum patitur vicinus alienans, dum idem praetium, eundem canonem, vel eandem mercedem, quam ab extraneo acciperet, a vicino ei soluitur. Conf. *Inst. nostr. iur. Neapol. Lib. II.* §. *XCVI. n. II.* Maximum vero sustineret incommodum, qui res dissitas distrahere cupiens, si ad praeferendum vicinum, congruentem tantum ei dare deberet, retenta altera dissita, quae emtorem difficile adinueniret, *arg. L.* 5. *&* 6. *C. de omn. agr. desert. lib.* 11.

26. Facillimae resolutionis est quaestio secunda, siquidem dum plurium congruentium possessorum quisque portionem suam desiderat, pro modo adhaesionis fit inter eos diuisio: dum vero eorum aliquis vti non potest, vel non vult iure sibi concesso, pars istius accrescit, vel potius non decrescit reliquis adiunctis possessoribus, *arg. L. vn.* §. 2. *C. de caduc. toll.* Praelatio enim, quae cuique vicinorum conceditur in alienatione rerum immobilium, integram rem afficit, & diminuitur dumtaxat concurrentibus aliis vicinis. Iure igitur non decrescendi, qui praelationem desiderat, vel retractum exercet, integram rem vel accipere, vel repudiare debet; de Afflictis *op. cit.* §. 1. *n.* 46. Napodanus *ad consuet. si ex vno latere, gloss. nolentibus n.* 89. Et ob eandem rationem nequit possessor ab obligatione se liberare, offerendo vicino retrahenti eam praedii partem, quam habiturus esset, si reliqui vicini cum eo eandem actionem experti fuissent; etiamsi a reliquis vicinis iuris cessionem obtinuisset; quum consensu teneant DD. ius hoc sine re congruente cedi non posse.

27. Congruae autem inter se res nonnisi immobiles esse possunt, sub quarum nomine non modo fundi, sed etiam ea omnia veniunt, quae solo firmiter cohaerent, puta aedificia, syluae, arbusta, animantium pascua, putei, cisternae, stagna, lacus, fontes, columnae, statuae, & similia. Et licet harum nonnullae quandoque moueri possunt naturaliter, tamen quia firmiter adhaerent solo, inter immobilia con-

connumerantur, horumque naturam, vti partes accessoriae, sequuntur, & integra cum ipsa re tradi debent. Conf. Gothof. *ad L. 32. D. de Aedil. edict.* Quidquid enim de integra re dicitur, & de parte verum est; hinc Paull. *in L. 72. D. eod.* scripsit: *appellatione rei pars etiam continetur*. Ex quo videtur deducendum, nedum super *agro*, *domo*, vel *vinea* speciatim ab Imperatore designatis praelationem retractumque exerceri posse, sed etiam generatim super alia quacumque re immobili; etenim scripsit in sua Constitutione: *agrum*, *domum*, vel *vineam*, vel *rem immobilem*.

28. Ne tamen erremus in iuris articulo vsu frequentiori, duae adhibeantur distinctiones oportet; quarum prima sit: si res immobilis principalis vendatur, & cum ea accessiones, vt sunt columnae, statuae, & similia aedibus iuncta, arbores, cisternae, lacus, & huiuscemodi alia cum agris, vel vineis, praelationi, & retractui cum re principali haec accessoria submitti, nulli dubium esse potest, *arg. L. 4. C. de relig. & sumpt. fun. & L. 26. pr. C. de vsur.* Hinc emtor domus illam vicino retrahenti reddere non potest, detractis statuis, vel columnis, nec agrum sine arboribus. Immo si cum re immobili mobiles quoque res, quae illi inseruiant, venditae fuerint, vt sunt fundi instrumenta, vel quae fundum instructum faciunt, cum re immobili principali haec quoque reddenda sunt vicino retrahenti, cui nec licebit, sine illis rem immobilem accipere, *arg. L. 32. D. de Aedil. edict.*

29. Si vero res immobilium accessoriae sine re principali alienentur, vt sunt statuae, columnae, fructus pendentes, arbores, &c. concedendam in his quoque praelationem opinatus est de Afflictis in *d. tract.* v. *Sancimus n. 4.* ea ductus ratione, quod fructus pendentes aliaeque res immobiliter solo, vel superficiei innixae, eorumdem pars censentur, vt ait Caius *in L. 73. D. de rei vindicat.* ibi: *fructus pendentes pars fundi esse videntur*. Contra denegandam esse praelationem tenet Benedellus *d. tract. glos. rem immobilem n. 5. & seqq.* nisus auctoritate Tiraquelli §. 1. *glos. 7. n. 37. & seqq.* cui adhaesit An. Robertus *rerum iudicatar. lib. 3. cap. 9.*

30. Neuter tamen eorum veritatem attigit in hoc articulo, quae sine altera distinctione inueniri minime poterat. Etenim aliquando, venditis praenarratis rebus adiunctis sine ipsis immobilibus, quibus adhaerent, praelationi retractuique locum fore dicendum est; aliquando vero contra. Et sane si nominatae res vere vendantur, quae vendi proprie dicuntur, quum emtori vel iam a solo separatae traduntur, vel quum adhuc iunctae, eas a solo separandi ius conceditur, tunc vicinis nullum retrahendi ius in ea venditione, quia non tamquam pars fundi venduntur, sed tanquam res mobiles a fundo separatae, vel separandae. Si vero sub nomine venditionis locatio & conductio longi temporis latitet, quum in hoc contractu praelatio vicinis a Fridericiana Constitutione conceditur, eam, retractumque non esse denegandum dici oportet; quamuis sub alio nomine contractus fuerit constitutus,

tus. Hinc venditis alicuius fundi fructibus per decennium, vel vltra, quia huiuscemodi contractus potius locatio fundi, quam fructuum venditio est, quemadmodum in vera, ita & in hac locatione sub nomine venditionis palliata, vicini iure praelationem petent, retractumque exercebunt. Nec mirandum, si Tiraquellus & An. Robertus absolute in proposita specie retractum denegarunt; etenim ipsi de Galliae consuetudine edisseruerunt, quae in sola venditione, non in longi temporis locatione retractum ex sanguinis ligamine concedit.

31. Nemo hucusque, quem sciam, quaestionem vsu non infrequentiorem exagitauit, an fundi demaniales a privatis possessi, quique idcireo vocantur *appatronati*, ius praelationis retractusque possessoribus tribuant in alienatione rerum immobilium congruentium. Hoc iuris articulum excitaui primum in caussa retractus inter baronem Tasuri reum conuentum, & fratres de Sarapo actores Ciuitatis Castellaneten; tum inter D. Petrum Iulianum reum quoque eadem actione in iudicio vocatum, & Hieronymum Casauolam ciues meos ad excludendos actores a retractu ex congruo, proficiscente a praediis demanialibus *appatronatis*: Quae autem tunc scripsi, caussae inseruiens, vt dici solet, scripsi, vt alias coadiuuarem iuris rationes, quibus merito actores a retractu erant excludendi; nunc vero ex animi sententia dicam.

32. Sustinui tunc temporis denegandum esse huiuscemodi ius praefatis possessoribus rerum demanialium ob defectum dominii in ipsos fundos demaniales. Aiebam siquidem, praedictos possessores, neque plenos, neque vtiles dominos dici posse, sed tantum vsufructuarios minus plenos. Etenim veri dominii praecipuus effectus est exclusio aliorum ab vsu eius rei, quae in dominio est; possessoribus autem praediorum demanialium excludere non licet caeteros ciues vsu herbarum fructuumque naturalium nedum post sectas segetes, sed nec etiam in reliquo anni tempore, in quo ipsi fundi inculti perseuerant. Qua de caussa Card. de Luca *de seruit. disc. 6. & de feud. disc. 61. & seq.* licet huiuscemodi possessores dominos appellet, tamen subdit, eos tenere fundos demaniales iure cuiusdam coloniae perpetuae. Vox *cuiusdam* nota improprietatis est; hinc Tribonianus §. 1. *I. de legat.* in legati definitione eandem notam adposuit, quum ait: *est donatio quaedam*; quia proprie donatio non est. Et Cl. Noodt *comment. ad pand. lib. 23. tit. 1. n. 3. in princ.* eadem ratione dotem definiens, scripsit: *est donatio quaedam*: pernotum erat purpurato, veros colonos esse dominos vtiles praediorum ad perpetuam coloniam concessorum; Petr. Gregor. Tolosanus *Syntagm. iur. part. 1. lib. 1. cap. 12. n. 7.* & hinc iure alios quoscumque excludunt ab vsu praedii ad coloniam concessi. Quia vero possessores praediorum demanialium verum dominium non habent, ius excludendi non semper exercere valent; & hinc non iure propriae, sed impropriae coloniae eos fundos tenent. Improprius autem dominus est vsufructuarius. *Duas esse species dominii:*

minii : ait Tolosanus *loc. cit. vnum proprium , quod est eius , cuius est proprietas , aliud improprium , cuius est vsusfructus* iuxta textum in L. quod ait , D. de superfic. *& primum esse proprium , aliud vero improprium , & quasi ; & ideo proprio plenoque domino datur hoc ius retrahendi , non vero improprio .* Si igitur vsusfructuarius iure praelationis in alienatione praedii congruentis non fruitur , nec eo gaudere debet possessor praediorum demanialium , qui vsufructuario minus pleno merito comparatur .

33. Aliud quoque argumentum hoc modo structum subnecti . Loca demanialia sunt ex numero regalium , dominium hinc saltem directum apud Principem residet ; vtile vero dumtaxat apud eas populorum Vniuersitates , in cuius territorio ipsa demanialia loca posita sunt . Horat. Montanus de *regal. offic. cap. argentariae n.* 12. (ni dicere velimus cum Roffredo Beneventano , & Andrea in Constit. Regni, *dubitationem iuris* tit. *de contumacia vniuers.* plenum dominium locorum demanialium esse penes Principem , solo vsu Regni Vniuersitatibus relicto .) Vniuersitates autem proprium vtile dominium praefatis ciuibus possessoribus locorum demanialium minime concessisse dicendum est . Etenim si concessissent , nihil iuris ipsis Vniuersitatibus , eorumque ciuibus superesset ; ac proinde merito eius ciues ab vsu eorumdem locorum excluderentur a possessoribus ; at non excluduntur ; perseuerat igitur penes vniuersos ciues dominium illud vtile , ob quod singulis fas est locis demanialibus vti . Ad veritatem nunc accedamus .

34. Duo distinguenda sunt fundorum demanialium *appatronatorum* genera , vt veritas in hoc iuris articulo inueniatur ; alterum nempe eorum , qui dicuntur *demanialia clausa* , alterum , qui adpellantur *demanialia aperta :* illa quidem , nempe clausa, in dominio sunt possessorum , minime vero ea , quae aperta nuncupantur . Sunt clausa ea demanialia loca , quae ad culturam iam redacta , nulli praeter possessorem ius est ea colere , vel iisdem alio quocumque modo vti culturae temporibus . Non denegatur hinc possessori , tamquam vtili domino , facultas excludendi alios quoscumque ab eorumdem locorum vsu . Nec dominii naturae aduersatur , quod post sectas segetes , vel aliis anni temporibus , in quibus agrestes dumtaxat herbae virescunt , ciues ea ingrediantur , iisque vtantur , quasi essent publica loca ; est enim seruitutis genus , quod in tacita concessione vtilis dominii ab Vniuersitate facta , ciuibus reliquis reseruatum fuit . Seruitus autem , licet dominium quasi minuat , illud tamen non tollit , *L.*4. *pr. D. si seruit. vind.* Huiuscemodi quoque loca quotidie a possessoribus venduntur , donantur , legantur , &c. quae quidem omnia dominii effectus esse nemo negabit . *L.*21. *C. mandat. L. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Si gitur possessores sunt domini , iis praelatio in alienatione fundorum congruentium non est deneganda . Improprietatis autem nota , quam verbo *cuiusdam* adposuit Cardinalis de Luca *ll. cc.* non eo pertinet , improprium esse dominium possessorum fundorum demanialium ; sed improprietatem co-

 loniae

loniae potius designat. Etenim qui proprie coloni sunt, annuam pensionem soluere tenentur dominis praediorum, ad coloniam concessorum. Possessores vero fundorum demanialium ab hac praestatione sunt immunes, & ideo veri coloni adpellari nequeunt; immo ob praefatam immunitatem, plusquam vtiles domini, adpellari merentur.

35. An retractui subiiciantur iura, veluti hereditas, vsusfructus, actiones, seruitutes, decimae, & similia, quum non vna sit omnium sententia, quae magis veritati consonat, videamus. Huiuscemodi iura, quum per se corpora non sunt, sed dumtaxat corporum accidentia; idcirco proprie, neque res mobiles, neque immobiles dici possunt, *arg. L. 2. C. de quatr. praescript. L. 15. §. 2. D. de re iudic. L 35. D. ad SC. Trebell. L. 25. D. famil. ercisc.* Videntur hinc tertium genus constituere, teste Vlpiano in *L.7. §. 4. D. de pecul.* & in *L.15 §.2. D. de iudic.* vbi mobilia, & immobilia a nominibus debitorum seiungit: Verum vtilitatis gratia propter diuersa iura de rebus mobilibus, vel immobilibus constituta, merito receptum est, vt huiuscemodi res incorporales, prout in rebus mobilibus vel immobilibus consistunt, ita illis, vel istis sint adnumerandae. Nec alia de caussa vetitum est tutoribus sine iudicis decreto hereditatem, vel bonorum possessionem, quae incorporalia sunt, pupillo delata, repudiare, *tot. tit. C. de praed. minor.* et *tit. D. de reb. eor. qui sub tutel.* quia est quaedam alienatio vniuersitatis apta comprehendere mobilia, & immobilia.

36. Absolute negat Prosper Rendella deberi praelationem in alienatione iurium, suaeque opinionis testem adpellat de Franchis, qui in *decis.* 17. *n.* 8. refert, denegatam fuisse a S. C. praelationem petitam ab emphyteuta, dum alienabatur census, seu canon domino directo debitus. Sed mirandum Rendella, qui dum generice denegat hanc praelationem *de iur. prothomis. v. rem immobilem, n. 4. & seq.* eandem concedit in quibusdam peculiarium iurium alienationibus, quamvis nullam adferat disparitatis rationem. Et sane 1.) concedit praelationem in pignore cum antichresi constituto, *op. cit. vers. per locationem n.* 8. Ius pignoris incorporale est, & est eiusdem naturae percipiendi reditus rei oppignoratae vsurarum vice. 2.) In locatione ad longum tempus, nec ipse Rendella, nec caeteri praelationem vicinis denegant, *l. c. n.* 10. ea de caussa, quod huiuscemodi locatio tribuit ius in re locata, *L. 1. §. 3. D. de superf.* Conductor ad longum tempus non adquirit praedium conductum, sed tantum ius in ipsa re, quod incorporale est. 3.) Tandem in venditione vsusfructus praelatos facit vicinos Rendella, *op. cit. vers. per vendit n.* 43. *& seq.* Sed quid est aliud vsusfructus, nisi ius in re aliena? Ex dictis igitur adparet, Rendellam potius diuinando, quam certo nisum iuris principio vicinis aliquando denegasse, concessisse aliquando praelationem in iurium alienatione.

37. Quamuis autem Matthaeus de Afflictis in *tract. de iur. prothom.* in vniuersum neque concedat, neque de-

neget

neget praelationem ex congruo in alienatione iurium ; quum tamen dandam praelationem opinetur, *d. tract. in pr. n.* 4. *& seq.* in venditione pedagiorum, vsusfructus, & annuorum redituum, qui diu vel saltem per tempus non modicum sunt duraturi, ea de caussa, quod huiuscemodi iura inter immobilia adnumerantur ; videtur in ea fuisse sententia, eandem praelationem in alienatione aliorum quoque iurium concedendam esse, quoties in classe rerum immobilium recenseri merentur. Quod sane in vniuersum dici nequit, vt mox patebit.

38. Mea autem sententia in hoc iuris articulo, a nemine hucusque convenienter examinato, sequens est. Concedenda est quidem praelatio in alienatione iurium, dum haec nedum principaliter rei immobili inhaerent, sed vlterius ex alienato iure possessio vel quasi in emtorem super ipsa re immobili conceditur. Si vero non primario, sed accessorie, vel sine vera aut quasi possessione ius super re immobili alienatur, nulla vicinis tribuenda praelatio. Huiusce distinctionis fundamentum mihi suppeditat ius Romanum. Ex eo enim discimus I. quod accessorium sequitur naturam sui principalis, non contra, *L.* 10. §. 2. *D. si quis caut.* Gothofredus in *L.* 32. *D. de Aedilit. edict.* Vnde fit, quod si mutuum primario contrahatur, & ob mutuantis securitatem pignus super re immobili constituatur; quemadmodum in mutuo nullum congruum, & hinc nulla praelatio, ita nec in pignore. Vicinus idcirco nequit petere praelationem in iure pignoris super re congruenti constituto, offerens quantitatem mutuo datam, ob quam pignus constitutum est ; siquidem praeferretur in mutuo, principali contractu, quod congruum non agnoscit.

39. Ex eodem Romano iure discimus II. maximum discrimen, quod intercedit inter legatum vsusfructus, & illud annui reditus. Nam licet aliquando promiscue a ICtis accipiantur, *L.* 25. *L.* 32. §. 7. *L. pen. D. de vsu & vsufr. legat.* tamen legatarius vsusfructus nedum habet ius in re fructuaria, sed cum hoc iure facultatem habet ipsius rei retinendae, & quod ad fructus attinet, ipsam rem pro se possidet. Contra, cui reditus fundi debetur, fundum tenere nequit, et habitatio in ipso fundo iure ei denegatur ; immo dominus fundi, ex quo reditus debetur, potest illum suo lubitu distrahere, reditus legatario minime consentiente : *L.* 38. *D. de vsu & vsufr. legat. L.* 22. *D. de ann. legat.* Ex hoc autem fit, quod si vendatur vsusfructus, qui censetur fundi pars, *L.* 4. *D. de vsufr.* et vsufructuarium in possessionem fundi inducit, praelationem iure petit vicinus : non vero si alienetur fundi reditus, seu census, sit ille reseruatiuus, sit consignatiuus. Etenim quamuis sit ius in re vel ex re, non inducit tamen creditorem in rei possessionem. Non ita tamen dicendum de alienatione dominii directi fundi emphyteutici, siquidem non alienatur solus reditus, seu ius percipiendi canonem, quod fieri posse iam dictum, (Cap. III. n. 57.) sed ius dominicale, seu dominium minus plenum.

40. In venditione alicuius seruitutis siue realis, siue personalis an praeferendus sit vicinus, non immerito hic quaeri potest; siquidem tum illa; quum haec tribuit primario ius in re & cui alterutra conceditur, in quasi possessione seruientis fundi inducitur. Pro praelatione quidem ob ea, quae superius dicta sunt primo intuitu res definienda videtur; sed plura sunt, quae hoc loco distingui oportet. Et primo in seruitutibus personalibus vsusfructus & habitationis praeferendos esse vicinos fundi, super quo altera earum constituitur, non est ambigendum; nam si conceditur praelatio in locatione, multo magis in venditione vsusfructus & habitationis. De vsu vero non ita sentiendum ea de caussa, quod ad necessitatem vsuarii est addictus, §. 1. *l. de vsu & habitat.* & huiusce modi necessitas non est eadem in omni vsuario, sed diuersa pro statu & qualitate personarum, *L.* 12. §. 1. *v. lubentius D. de vsu & habitat.* Vnde non est forsan dem ius extraneo concessum, quod vicinus ex praelatione sibi concedi desiderat.

41. In seruitutum praedialium alienatione ob eamdem rationem deneganda est vicino praelatio. Finge per fundum Seianum, cui congruit Ambrosianum venditam fuisse Sempronio seruitutem itineris, vel aquae ductus, aut aliam eiusdem generis; in venditione huiusce seruitutis Ambrosius praeferri desiderat ex congruo. Iniustum sane desiderium, quum non sit idem iter, quod ducit ad fundum Sempronii extranei, ac ad illum Ambrosii vicini, nec idem locus, per quem ducitur aqua ad vnum, ac ad alterum fundum. Quum non sit igitur eadem seruitus, praelatio, quae nonnisi super eadem re est experiunda, iniuria petitur.

CAPVT VI.

De contractibus praelationem retractumque ex congruo concedentibus.

SUMMARIUM.

1. *Praelatio, atque retractus ex congruo in quibus contractibus locum adinueniat?*
2. *Quomodo dignosci possint alienationes, in quibus sit locus praelationi?*
3. *Cur in contractibus venditionis, emphyteusis, & locationis concedatur vicinis praelatio?* & 4.
5. *Venditionis nomine quid generatim denotetur?*
6. *Quid in materia congrui?*
7. *Ad obtinendam praelationem, oportet venditio sit valida.*
8. *Contractus simulatus quando dat praelationem?*
9. *Exceptio nullitatis contractus a quo opponi possit?*
10. *Contractus sub conditione celebratus an concedat praelationem?* & 11.
12. *Distinguendum inter conditionem suspensiuam, & resolutiuam. Suspensiua quidem praelationem non inducit.*
13. *Soluitur obiectio contra opinionem praefatam.*
14. *Conditio resolutiua minime impedit praelationem, retractumque.*

15.

15. *Quomodo eneuire possit, conditionem, quae resolutiua adparet, esse suspensiuam?*
16. *An inter contrahentes pacisci valeat, quod recedatur ab alienatione, si vicini iure congrui uti volent?*
17. *Generali regulae exceptio subnectitur.*
18. *Res vendita cum adiuncto pacto redimendi elegantem oriri fecit quaestionem, quae proponitur cum rationibus hinc inde adductis, & n. 19.*
20. *Describitur nostra sententia cum rationibus, quae eam fulciunt, & 21.*
22. *Cautela adhibenda in similibus casibus propositae quaestionis.*
23. *An vicini praelatione uti valeant in venditione, quae fit ex praecedenti alienandi pacto? & refertur DD. distinctio.*
24. *Allata distinctio probatur, sed reiiciuntur rationes a DD. adductae, & verae subnectuntur.*
25. *Debetur praelatio vicinis in venditione cum adiuncto pacto reemendi, modo sub eodem contractu non latitet vsurarius.*
26. *An fiat locus retractui in venditione cum pacto inter contrahentes conuento, ne dominium rei venditae transferatur ante solutionem pretii?*
27. *In quo huius quaestionis dubietas posita est?*
28. *Refertur opinio Caroli Gagliardi, & refellitur.*
29. *Tres casus in hac quaestione distinguit Petr. Corradinus, qui numerantur, & 30.*
31. *Proponitur, & demonstratur nostra opinio.*
32. *Respondetur obiectioni, quae oritur ex sententia Forcatuli.*
33. *An retractum exercere possint vicini in datione in solutum? Nonnulli DD. distinguunt dationem in solutum in voluntariam, & necessariam, ibid.*
34. *Sunt qui abscisse in datione in solutum negant vicinis praelationem, & referuntur rationes, quae opinionem eorum sustinere videntur.*
35. *Refellitur opinio eorum DD. qui tenent, pretii numerationem esse de substantialibus emtionis.*
36. *Tam in voluntaria, quam in necessaria datione in solutum est locus praelationi.*
37. *Demonstratur nostra opinio validis rationibus subnixa.*
38. *Respondetur obiectioni erutae ex eo, quod Imperator inter alienationis species, in quibus praelatos voluit vicinos, non adnumeravit dationem in solutum.*
39. *Nouis rationibus nostra sententia confirmatur.*
40. *Proponitur exceptio de datione in solutum ob incertam quantitatem, vel ob debitum speciei.*
41. *Nona obiectio proponitur, qua uti solent negantes prothomisim in datione in solutum necessaria.*
42. *Praedictae obiectioni respondetur.*
43. *Praesertim obiectioni structae a Iosepho Sorge.*
44. *Proponitur quaestio, an praelatione frui debeant vicini in venditione, quae fit sub hasta.*
45. *Referuntur rationes eorum, qui negatiuam in hac controuersia tenent partem.*
46. *Quibus rationibus opinionem suam su-*

sustinent in eadem quaestione adfirmantes.

47. *Quae in hac quaestione maximam faciunt dubitationem, referuntur.*

48. *Proponitur, & comprobatur nostra opinio adfirmatiua.*

49. *Quae cautio adhibenda, vt auertantur incommoda, quae ex hac praelatione, vicinis concessa, venditionibus sub hasta afferentur.*

50. *Deneganda est vicinis praelatio in alienatione rei immobilis in dotem datae, siue inaestimatae, siue aestimatae taxationis caussa.*

51. *An debeatur praelatio in dote aestimata venditionis caussa, distinguunt DD. in eam, quae datur a patre, & in eam, quae datur ab extraneo, & quae a patre datur in defectum aliorum bonorum.*

52. *Reiicitur allata distinctio.*

53. *Dissentiunt DD. an in datione dotis ab extraneo facta, & venditionis caussa aestimatae, praeferendi sint vicini, referuntur rationes negantium.*

54. *Soluuntur obiectiones, quas rationes praedictae efficere videntur, & 55.*

56. *Conceditur secundo loco praelatio vicinis in datione emphyteutica, tum perpetua, quum temporaria.*

57. *An expleta temporaria emphyteusi praeferendus sit antiquus emphyteuta nouis oblatoribus?*

58. *Refelluntur rationes eorum, qui antiquum emphyteutam praelatum faciunt.*

59. *Soluitur obiectio ducta a* L. 1. §. 44. D. de aqu. quot. et aest.

60. *Numerantur Auctores, qui antiquo emphyteutae praelationem denegant, & subnectitur exceptio.*

61. *Nedum emphyteuticaria concessione, sed etiam libellaria, atque precaria, & multo magis per censum reseruatiuum adquiritur vicinis praelatio.*

62. *Libellaria concessio vnde dicta?*

63. *An eius origo repetenda a Iustiniani Nouell.7. §.1. vel a iure feudali.*

64. *Refertur Baldi opinio de modo constituendi contractum libellarium.*

65. *Precaria vnde dicta?*

66. *Precaria est affinis emphyteusi, sed inter vtrumque ius multae intercedunt differentiae.*

67. *Quid census reseruatiuus, & in quo differat a concessione emphyteutica?*

68. *Quid census consignatiuus, & in quo a reseruatiuo distet?*

An in censu consignatiuo sit locus praelationi fauore vicinorum eius fundi, super quo census constituitur.

69. *Est locus praelationi in ea conuentione, quae vulgo dicitur* a godere.

70. *In locatione ad longum tempus praeferendi sunt vicini; non in ea, quae ad breue tempus fit.*

71. *Conductor ad longum tempus habet ius praelationis in alienatione praediorum congruentium.*

72. *In quibus contractibus praelationem vicinis concedant consuetudines Neapolitanae?*

1. TRes numerat contractus in sua Constitutione Imp. Fridericus, in quibus praelationem retractumque vicinis ex congruo concedendum iubet, *venditionem* nempe, *emphyteusim*, et *locationem*. In quolibet autem isto-rum

rum contractuum sunt nonnulla, quae obseruari merentur, atque de his primo loco edisseremus. Inde ad examen reuocabimus, an sint alii contractus; in quibus ob similitudinem cum numeratis a Constitutione, atque ob rationis paritatem, eadem praelatio ex congruo concedi debeat.

2. Ad hanc autem veritatem inquirendam non alia tutior incedenda est via, quam ea, quae ducit ad inuestigationem caussae, ob quam Imperatori in numeratis contractibus tantum, non vero in reliquis, praelationem vicinis concedi placuit. Cognita enim caussa, facile erit nonnullas quaestiones ad quemlibet eorumdem contractuum pertinentes enodare, atque an sint alii contractus, qui ob aliquam similitudinem cum praedictis eodem, vel diuerso iure regi debeant; quod non aliunde pendebit, quam ex paritate, vel disparitate efficientis caussae, in iisdem concurrentis.

3. In praenarratis tribus contractibus pretium, quod ab emtore, canon, qui ab emphyteuta, et merces, quae a conductore soluuntur, certa sunt. Etenim sine certo pretio, sine certo canone, et sine certa mercede nulli sunt contractus emtionis, emphyteusis, et locationis, *L.* 7. §. 1. *&* 2. *D. de contrah. empt.* §. 1. *Inst. eod.* §. 1. *&* 3. *Inst. de locat. & cond. L.* 22. *D. de praescr. verb.* Et quamvis in locatione, et emphyteusi constitui possit merces, et canon in fructibus eiusdem fundi, *L.* 25. §. 6. *D. locat. cond.* tamen, quum sint res fungibiles, pecuniae numeratae comparantur, eodemque reguntur iure, *L.* 2. §. 1. *D. de reb. cred.* In reliquis contractibus res, quae pro re datur, vel nulla est, vt in donatione, vel non fungibilis, quae hinc pretium adfectionis admittit, *L.* 36. *D. de bon. libert.*

4. Ex praemissis igitur adparet, praelationem vicinis concedendam esse in iis contractibus, in quibus vicinus alienans nullum patitur incommodum, dum rem, quam alienare desiderat extraneo, vicinis concedit; quod fit, dum idem pretium, eundem canonem, vel eandem mercedem, quam ab extraneo acciperet, a vicino recipit. Dum vero vicini praelationem desiderantes, aliquo vel minimo incommodo, alienantem afficerent, merito a praelatione sunt excludendi. His positis, in singulos contractus inquiramus.

5. Adnumeratur igitur primo loco emtio et venditio. Sub hoc verbo emtionis, in latissima significatione accepto, omnis contractus seu alienationis actus comprehenditur, ex quo rerum dominium in alium transfertur. *Quoniam*, ait Pomponius in *l.* 24. §. 1. *D. de statulib. Lex XII. Tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur, &c.* Et alienari proprie dicitur; quum alicuius rei dominium de vno in alium transitum facit, *L.* 5. *D. de V. S.* Vnde IC. Paullus in *L.* 28. *D. eod.* ait, *alienationis verbum etiam vsucapionem continet; vix est enim, vt non videatur alienare, qui patitur vsucapi.* Quod adeo verum est, vt quidquid fit *ἐμόν*. h. e. *meum*, emi, seu emtionis nomine nobis deferri dici possit; quasi emere nil aliud sit, quam com-

comparare. Robertus *lib. 1. animad. cap.* 8. quo spectat illud Horatii.

. . . . . *Nocet empta dolore voluptas.*

Item illud. *Nil carius constat, quam quod precibus emitur.*

6. In hac autem congrui materia emere accipi debet in stricta significatione, et communi loquendi vsu, de contractu nempe, qui consensu in pretio et re immobili perficitur. Conf. Tiraquellus §. 1. *gloss.* 2. *n.* 3. *& seqq.* Carol. Molinaeus in consuet. Paris. *tit.* 1. §. 12. *gloss.* 5. *n.* 46 *in fin.*

7. Ad obtinendam autem praelationem, et hac non concessa, ad exercendum retractum, oportet venditionem esse validam; nam si ex aliqua caussa, veluti ob omissam sollemnitatem in contractu forsan necessariam, vt est decretum Magistratus in venditione rei immobilis minorum, *tot. tit. C. de praediis & aliis reb. min. sine decret.* vel ob defectum personarum contrahentium, vt pupillorum sine tutorum auctoritate, *L.* 9. *pr. D. de auct. tutor. L.* 46. *D. de oblig. & act.* vel propter dolum, qui contractui caussam dedit, *L.* 7. *pr. D. de dol. mal.* vel aliam quamcunque causam, ob quam contractus nullus dici meretur; tunc quidem praelatio, retractusque vicinis minime debetur. Etenim dum lex, vel statutum exigit contractum, vel sententiam, aut alium quemuis actum, intelligitur de valido, non de nullo, *L.* 8. §. 2. *D. de bonor. possess. contr. tabul.* Carol. Molinaeus *l. c. n.* 50. et quod nullum est, nullos producit effectus, *L.* 41. *D. de reb. credit.*

8. Ex quibus recte deduces contractum simulatum non subiici retractui: modo verus, qui sub simulato tegitur, non sit ex eorum numero, ex quibus praelatio proficiscatur; quia tunc licet non concedenda praelatio ex simulato, vtpote nullo, non deneganda tamen ex eo, quod absconditur. Hinc si simulata sit venditio, sed sub ea latitet emphyteusis vel locatio, praelationi quidem locus erit: non ita tamen si pignus vel alius quilibet contractus a lege praelationis exemptus. Conf. Corradinus *de iur. praelat. q.* 16. *num.* 107. *& seqq.* Idemque dicendum si alienetur res litigiosa; nam huiuscemodi alienatio nulla est. *L.* 4. *C. de litigios.*

9. Huiuscemodi vero nullitatis contractus exceptio a venditore proponenda est, non ab emtore; huius enim nihil aliud interesse debet, quam pretium rei emtae accipere, et ita a contractu sine laesione discedere. Si tamen de nullitate contractus excipiat, recte ei replicabitur sua non interesse. *L.* 15. §. 2. *D. ad SC. Trebell.* malum enim, quod ex nullitate contractus proficisceretur, ipsi retrahenti damnum afferret, nisi nullitas, quae allegatur, non sit inducta fauore publico, tunc enim a quocumque proponi poterit. Gratianus *discept.* 234. *n.* 31. *& seq.* Venditori autem si displiceat contractus, recte de nullitate aget, et excipiet tum contra emtorem, quum contra retrahentem. Conf. Corradinus *de iur. praelat. q.* 16. *n.* 104.

10. Quum emtio venditio, et reliqui contractus, in quibus competit praelatio, et pure, et sub conditione ce-

celebrari possint; non immerito dubitari contingit, an quemadmodum in puro, ita quoque in conditionali contractu iuri ex congruo promananti locus fieri debeat. Dubitandi ratio ex eo proficiscitur, quod contractus, sub conditione initus, non est perfectus, *L. 7. pr. D. de contrah. empt. L. 43. §. 9. D. de Aedilitio edicto*, *L. 13. D. de condit. instit.* Ante perfectum contractum nullum ius, nullaque actio, *L. 6. §. 12. D. de negot. gest.* adeo, vt si sub conditione alienetur fundus emphyteuticus, irrequisito domino directo, opinatur Baldus in *d. L. 7.* ante aduentum conditionis non incidi in commissum.

11. Probabilior tamen apparet opposita sententia, eo quod in contractibus conditionalibus non conditionis euentus spectandus est, sed tempus initi contractus, cui ipsa conditio retrotrahitur; *L. 78. D. de V. O. L. 2. §. 3. D. de collat. L. vlt. D. de stipul. seru.* & hac de caussa emtio conditionalis statim transfert in contrahentes spem contractus, quae non raro emitur, & venditur, *L. 11. §. 18. L. 12. D. de act. empt. & vend.* Spes autem ab alterutro contrahentium, altero inuito, interuerti non debet, *arg. L. 13. §. 3. D. ad Legem Iuliam de adult.* Bartolus *ad L. 9. D. de aqu. & aqu. pluu. arc.* vnde fit, quod, pendente conditione, nefas est alteri contrahenti, altero dissentiente, a contractu recedere, Gloss. *in L. 8. D. de per. & comm. rei vend.*

12. Mihi tamen non sine ratione distinguendum videtur inter conditionem suspensiuam, & eam, quae resolutiua appellatur; atque, venditione sub illa celebrata, retractum denegandum esse; concedendum vero, si sub hac fuerit contracta. Conditionis enim suspensiuae ea est indoles, vt dominii translatio impediatur vsque ad eius aduentum, *L. 4. pr. D. de addict. in diem*, *& arg. L. 10. D. & L. 5. C. de pericul. & comm. rei vend.* Dum dominium rei a venditore in emtorem translatum non est, res alienata dici nequit, teste Vlpiano *in L. 67. D. de V. S.* ibi: *Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet; venditum tamen recte dicetur.* Caluinus *Lex. Iur. v. alienatio*. Hinc nec retractus a vicinis exerceri poterit, cui nonnisi post alienationem, sine denunciatione factam, haec actio conceditur. Tiraquellus *de retr. consangu. gloss. 2. §. 1. n. 40. in fin.* Capycius Latro *consult. 8. n. 21. & seq.* & licet post perfectam, sed non adhuc consummatam venditionem, ius praelationis vicinis competat; huiuscemodi tamen ius nullam producit efficacem actionem, sed tunc demum, quum dici poterit, venditorem non satisfecisse Constitutionis praecepto, dum nempe in extraneum, non in vicinum alienationem contulit. Porro ius praelationis, a Constitutione vicinis concessum, facile a contrahentibus interuerti potest a contractu recedentibus; quod fieri posse firmat IC. Neratius *in L. 58. D. de pact.*

13. Nec allatae hucusque doctrinae illud obuiei potest, quod ius alteri quaesitum sine eiusdem consensu destitui minime licet, *L. 9. prin. D. de natal. restit. & L. 155. D. de R. I.*

M &

& hinc quum vicino per perfectam venditionem praelatio sit adquisita, videtur per contrahentes, a contractu recedentes, hoc ius minime corrumpi posse. Non obstat inquam; etenim, vt dictum est, illud ius praelationis nullam producit actionem, priusquam deueniatur ad alienationis actum, ab ipsa Constitutione interdictum. Idque magis elucescit ex eo, quod huiuscemodi actio a vicinis non contra venditorem, sed contra extraneum emtorem sit exercenda, vt satis demonstrant ea Constitutionis verba: *& extraneos emptores omnino expellere*. Non consummata vera venditione, quum res vendita penes sit venditorem, concipi nequit, quomodo contra emtorem, rem emtam non adhuc possidentem, actio, qua ea res ex congruo petitur, exerceri possit.

14. Non ita tamen res se habet, dum venditio sub conditione resolutiva contracta est; siquidem huiuscemodi conditio minime obstat, quominus dominium in emtorem transferatur: *Si quis hac lege emerit*, scripsit Vlpianus in L. 41. D. de rei vind. *vt si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam conditionem iam non potest in rem actione vti*. Igitur ante allatam conditionem emtor in rem agere poterat, h. e. exercere actionem ex dominio proficiscentem, quum nullum aliud ius ex venditione emtori quaesitum fingi potest, ex quo ea actio in rem oriatur. Dum ab emtore dominium rei emtae adquisitum est, alienationem a venditore factam fuisse non est ambigendum. Caluinus *l. c.* merito igitur dicemus, venditionem sub resolutiua conditione celebratam, vicinis actionem retractus concedere; & ita nobiscum sensit Tiraquellus *de retract. consangu.* §. 1. *gloss.* 10. *n.* 51. qui subdit *ib. n.* 53. non requiri abscisse veram traditionem, sed sufficere eam, quae fit in instrumentis conscribendis stipulandisve, per clausulam scilicet constituti, vel precarii.

15. Euenire tamen aliquando potest, conditionem, quae resolutiua adparet, suspensiuam potius esse quoad effectum exercendae actionis, ex congruo proficiscentis. Etenim si sub ea conditione ab IC. Vlpiano superius descripta, & certo tempori addicta; venditio fuerit celebrata, res vero a venditore minime emtori tradita, quamvis, conditione adueniente, resolueretur contractus, quatenus contrahentes a reciproca soluerentur obligatione illius implendi; tamen, pendente illa resolutiua conditione, nulla a vicinis actio ex congruo exerceri posset, ea ratione, quod sine traditione nulla fit dominii translatio, siue alienatio, & hac deficiente, vt superius dictum est, actio ex congruo non proficiscitur. Vlpianus hinc plus intellexit, & minus scripsit, dum tacite ait, *pendente conditione resolutiua competere emptori actionem in rem*; intellexit nempe conventioni; traditionem rei venditae subsequutam fuisse. Confer. ad hanc rem Leoninus *emendat. lib. I. cap.* 12. *n.* 1.

16. Adfirmant fere omnes iuris, de quo agimus, scriptores, excludi posse vicinos a retractu ea conditione a contrahentibus in venditione

adpo-

adposita, *quod fundus sit inemtus, si vicini illum ex congruo retrahere volent*. Antesignanus huiusce opinionis est de Afflictis *de iur. proth.* §.6. *gloss. scriptum est n.* 13. qui credidit eam tueri posse praesidio *L.* 19. *D. de vsurp.* in qua IC. Iauolenus scripsit: *si hominem emisti, vt si aliqua conditio extitisset, inemptus fieret, & is tibi traditus est, & postea conditio emptionem resoluit, tempus, quo apud emptorem fuit, accedere venditori debere existimo*. Quantum huius legis species, & regula sit diuersa ab ea, de cuius iure quaeritur, si est, qui non videt, ei paucis demonstrabo. Venditione, quam fingit Iauolenus, nullum ius alteri quaeritur; & hinc nil mirum, si adueniente conditione, quasi numquam res a venditore discesserit, tempus vsucapionis continuum, & numquam interruptum reputatur ad similitudinem rei venditae, & inde per redhibitionem venditori restitutae, vt idem IC. *ead. L.* Non ita tamen sentiendum de fundo vendito, irrequisitis vicinis; statim enim ac facta est alienatio, ius eis quaeritur illum a quocumque possessore retrahendi, idque ius minime interuerti potest venditoris, & emtoris pactionibus, *tot. tit. D. res inter alios acta &c. L. 6. C. de pact.* Porro si hoc contrahentibus liceret, amplissima aperiretur fraudibus via; qui enim hoc modo paciscuntur, non aliud sane comminiscuntur, quam priuare vicinum iure ex congruitate proficiscente; quod leges minime patiuntur, *L.* 1. *pr. D. de dol. mal. L.* 7. *D. de condit. instit. L.* 7. §. 1. *in fin. D.* ... *qui & a quib. manum.*

17. Illud dumtaxat in hoc iuris articulo excipiendum puto, dum nempe peculiaris cuiusdam personae dilectio ad vendendum induxit, qua quidem deficiente, dominus rem suam minime vendidisset, quod obseruauit Tiraquellus *de retract. consanguin.* §. 1. *gloss.* 2. *n.* 59. nullum tamen ibi adducit iuris locum opinionem suam firmantem; quum vti potuisset, *arg. L.* 60. *D. de pact. & L.* 16. *D. de reb. auct. iud. possid.* Hoc tamen instrumento venditionis adserere haud satis; sed oportet vlterius in ipso retractus iudicio ab eo demonstretur, qui hac exceptione ad excludendum vicinum vti desiderat; quum huiuscemodi exceptio sit ex numero aientium. *Cap.* 33. *ext. de test. gloss. in L.* 21. *D. de probat.* & hinc ab eam opponente probanda.

18. Res vendi posse cum adiuncto reemendi pacto, nulli dubium ob *L.* 12. *C. de praescr. verb. & L.* 2. *C. de pact. inter empt.* Ius autem, quod ex huiuscemodi pacto proficiscitur, nedum a venditore paciscente, eiusque heredibus exerceri, *L.* 23. *C. de contrah. & commit. stipul.* sed etiam extraneis cedi posse, in controuersiam reuocari nequit ob *L. vlt. C. de hered. vel act. vend.* Occasione tamen huiuscemodi cessionis elegans quaestio non multis ab hinc annis emersit, quae mihi proposita fuit, vt de iure sententiam meam proferrem. Paulinus duas congruentes tabernas possidens, earum vnam Philippo vendidit cum adiuncto pacto eam redimendi infra quadriennium. Hoc tempore nondum

M 2 elapso,

elapso, alteram tabernam vendidit Raphaeli, cui ius redimendi eam, quam Philippo vendiderat, cessit. Quum Raphael ius cessum exercere vellet contra Philippum, hic excepit retractum, proficiscentem ex congruo super altera taberna, ipsi Raphaeli sine denunciatione, vendita. Petiit hinc ex reconventione sibi ex congruo relaxari alteram tabernam a Raphaele emtam. Porro cum taberna petiit quoque ius reemendi illam, quam ipse possidebat, ea ratione, quod cum ipsa taberna illud ius emtum erat, & hinc vt accessorium in retractu cum suo principali venire deberet, *arg. L. 9. C. de relig. L. 26. C. de vsur.*

19. Replicabat Raphael, non licere Philippo retrahere tabernam a se emtam, eo quod dominium tabernae ab eo possessae, ex qua congruum proficisci dicebatur, erat reuocabile. Addebat vlterius, quod cessio iuris reemendi, quamuis scripta in eodem instrumento venditionis tabernae, tamen praecessit eiusdem tabernae alienationem, quae nonnisi per subsequentem traditionem euenit. Si igitur prius natum erat ius reemendi, quam illud retrahendi, ob regulam iuris: *prior in tempore, potior in iure*; *L. 9. §. 4. D. de Publ. in rem act.* ius sibi cessum potentius erat iure retrahendi.

20. Mature perpensis hinc inde adductis rationibus, respondi: Philippum retrahere posse tabernam congruentem, Raphaeli venditam, etsi dominium tabernae ab eo possessae, vnde ius congrui surgebat, esset reuocabile; quousque enim illud dominium reuocatum non est, omnes eiusdem atque possessionis effectus apud eum resident, qui dominus est, & possidet. Est quidem reuocabile a marito dominium fundi dotalis, a fiduciario dominium rei fideicommisso subiectae, idemque ius stat pro bonae fidei possessore; tamen, & maritus, & fiduciarius, & bonaefidei possessor recte retrahunt praedia congruentia, *Marc. Anton. Peregrinus de fideicommiss. art. 10. n. 4.* igitur & idem dicendum de eo, qui emit cum pacto reemendi. Nec vrget, quod ius reemendi, descriptum in eodem venditionis instrumento, adquisitum fuerit ante traditionem tabernae, secundo loco venditae, & hinc ante alienationem. Illa sane iuris regula: *prior in tempore, potior in iure*, suum locum vindicat in iuribus eiusdem generis, veluti in hypotheca super eadem re constituta, vel in eiusdem rei venditione duobus separatis temporibus facta, quae est proprie species *d. L. 9. §. 4.* non de iuribus diuersi generis, vt est ius retractus, & ius reemendi, in quibus vnusquisque vtitur suo iure sine vllo temporis discrimine.

21. Quum vero cessio iuris reemendi dici nequeat accessio venditae tabernae, sed duae venditiones rerum toto coelo inter se diuersarum, vnico instrumento comprehensae; *L. 72. D. de euict.* hinc est, quod licet Philippus retrahere valeat tabernam Raphaeli venditam; non potest tamen ad se reuocare ius ei cessum alterum reemendi. Saluo igitur Raphaeli reemendi iure, nequit Philippus ei denegare tabernam, quam ipse possidet. In retractu namque Raphael consideratur tam-

tamquam emtor, aduersus quem non denunciatus possessor fun li congruentis petit rem alienatam iure congrui. In iure vero reemendi est cessionarius, seu procurator venditoris in rem propriam; & quemadmodum emtor denegare nequit rem emtam venditori, qui eam desiderat ex pacto reemendi, ita nec eius cessionario, seu procuratori, *L. 33. §. 5. L. 34. D. de procurat. L. 4. C. eod. tot. tit. D. & C. de hered. vel act. vend.*

22. Cautela autem adhibenda a Raphaele, qui vtramque tabernam, alteram scilicet ex emtione, alteram ex cessione iuris reemendi desiderabat, erat huiuscemodi; nempe prius cessionem iuris reemendi impetrare debebat, eaque vti reemendo cum effectu tabernam a Philippo possessam; inde alteram emere tabernam a Paulino, quia extincto dominio, & possessione Philippi primi emtoris, nullum erat amplius ius congrui, nullusque retractus.

23. Fit aliquando emtio venditio ex praecedenti vendendi pacto, & tunc non immerito quaeri solet, an vicini iure, ex congruo proficiscente, vti valeant. Distinguunt DD. inter pactum adiectum venditionis contractui, quod redimendi, vel retrouendendi dicitur, & illud, quod extraneus, idest qui venditor non est, cum possessore rei immobilis constituit, vt sibi ipsa res vendatur, vel quum venderetur, ipsi praelatio concedatur. Et primo quidem casu vicinis ius praelationis denegant; concedunt vero in secundo, & tertio. Disparitatis rationem in eo repositam credunt; quod quum venditur ex pacto redimendi, alienatio necessaria est; ea enim non fit ex voluntate possessoris, sed ex necessitate, quam ei imponit venditor ex pacto, tempore venditionis convento. Quum vero venditio proficiscitur ex pacto praelationis, a possessore promissae, ea non necessaria est; sed voluntaria; pendet siquidem ex possessoris arbitrio, vendere velit nec ne. Hinc vicini iure congrui minime priuantur, vtpote conuentiones inter alios actae, ius tertii non possunt interuertere, *tot. tit. C. res inter al. act.*

24. Allatae DD. distinctioni adhaereo quidem, sed distinctionis rationem probare minime possum. Pactum praelationis in venditione facienda voluntarium quidem efficit contractum; pactum vero de vendendo necessariam gignit venditionem, & tamen ipsi DD. fatentur in huiuscemodi venditione vicinos praeferendos esse, quod quidem non eueniret, si venditio esset necessaria. Veram hinc distinctionis rationem ex eo eruendam esse firmiter teneo, quod si praelationis, vel venditionis pacto a legali praelatione arcerentur vicini, qui venditor ius congrui eludere desideraret, de venditione, vel praelatione in antecessum cum extraneo emtore pacisceretur; sed quum iura fraudes minime tueantur, *L. 7. D. de condit. instit. L. 7. §. ult. D. qui, & a quib. manum.* hinc est, quod huiuscemodi pacta, tamquam minime essent conventa vicinorum ius nullo modo minuere valent. Dum vero venditor de reuenditione paciscitur, non iura vicinorum interuertere ei in animo est, sed dumtaxat, rem suam aliquando posse

recu-

eos, qui retrahere desiderant in hoc Neapolitano territorio, cuius consuetudines dant vicinis praelationem in contractu emtionis tantum; non vero in Regni Prouinciis, in quibus ob Friderici Constitutionem, etiam ex locatione retrahere concessum. Sed quaeso, si quaestio emergat inter eos, qui retrahere desiderant ex consuetudinibus Neapolitanis, quid iuris in venditione cum praefato pacto de non adquirendo dominio ante solutionem integri pretii? Sane vir alioquin in iure non mediocriter consultus hunc nodum haud soluit, sed velauit silentio. Porro ipse non aduertit, IC. scripsisse, eam conuentionem vel locationem esse, vel alterius genus contractus. Si igitur semper locatio non est, sed in alium contractum transitum facere potest; quando hoc inter Prouinciales euenerit, quaestioni quoque erit locus, an talis sit contractus, per quem essent ex congruo praeferendi.

29. Petrus Corradinus in *tractatu de iur. praelat. quaest.* 16. *n.* 93. post allatas diuersorum DD. opiniones, suam tandem sententiam prodens, dicit, plures casus distinguendos esse ad veritatem in hac quaestione adinueniendam. Primus, quem fingit, casus est de simplici venditione, cui postea venditor hoc adiunxit pactum; *quod donec, vel si pretium non soluatur, liceat ipsi redire ad dominium rei venditae*; subdens in hoc casu esse locum praelationi. Sed quis non videt, speciem propositam esse extra terminos quaestionis? Venditor enim non reservat sibi dominium, sed paciscitur, illud denuo adquirere sub conditione resolutiua, si pretium nempe non soluatur.

30. Huic similis est secundus casus; fingit enim, fidem habitam fuisse de pretio, & in instrumento venditionis adesse clausulas *ad habendum, constituti, &c.* Dum venditor de pretio fidem sequitur emtoris, hunc adquirere dominium rei emtae, quis negabit? Quod si pactum contrarium adiunctum fuerit, nihili habendum, vel potius, vt DD. opinantur, conuertitur in hypothecam specialem. Si vero, & est hic tertius casus, nulla de pretio fides habita fuit, nec in instrumento adsunt clausulae supraseriptae, tunc contractus censetur locationis, & in hac opinione perseuerat, etiam post relatam aliorum DD. opinionem, quibus placet, contractum resolui in pigneratitium. Sed mehercle crasse fallitur Corradinus. In locatione requiritur statuta merces, *L.* 22. *D. de praescr. verb.* §. 1. *l. de locat. & cond.* igitur vel merces huiuscemodi conuenta est inter contrahentes, & tunc quis dubitabit esse locationem? vel de eadem nihil actum; & quomodo locatio adpellari poterit?

31. Firmiter autem in hac quaestione ego teneo, speciem subintellectam in Labeonis lege toto coelo diuersam esse ab ea, quae controuersiae caussam praebet. Quum enim IC. non ignoraret iuris regulam: *in conuentionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectanda sunt.*, *L.* 219. *de V. S.* & speciatim de emtione, & venditione, quam proposuit Pomponius in *L.* 6. §. 1. *D. de contrah. empt.*

empt. In emptis enim, & venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est, ait: *nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut alius genus contractus*. Fingamus speciem: *Titius cum Caio hoc modo paciscitur, vendo tibi fundum Sempronianum, cuius dominium penes me remanebit, & tu ob fructus, quos percipies quinquaginta annua praestabis*. In hac conuentione, licet adhibitum sit verbum *vendo*, tamen quia non verba, sed voluntas contrahentium spectanda est, quae satis manifestat locationem potius, quam venditionem contrahi voluisse, non venditionem, sed locationem eam adpellabimus. Idque adparet ex certa annua pensione praestanda ab eo, qui re concessa est fruiturus, quae sunt substantialia locationis, *L. 5. §. 2. D. de praescr. verb.* Ex defectu vero dominii eiusdem rei, quod minime in accipientem transfertur, & a pretio non constituto, quae emtionem venditionemque faciunt, potius locationem contractam fuisse cum Labeone, *d. §. vlt. L.* 80. dicendum.

32. Minime hinc adsentior Forcatulo *Dial. 4. n.* 3. qui in interpretatione *d. §. vlt.* opinatus est, in Labeonis specie constitutum fuisse pretium, sed ob adiunctum inde pactum, venditionem transformatam fuisse in locationem. Concipi enim nequit, quomodo simul stare possint pretium, & merces in eadem quantitate a contrahentibus statuta. Quod si fingi velit, pretium conuentum, ac inde adiunctum pactum, ne dominium transferatur, donec pretium fuerit solutum, atque tandem, vt certa menstrua, vel annua quantitas ab emtore praestaretur vsque ad pretii solutionem; quis non agnoscit adesse tria negotia in hac conuentione, venditionis nempe, hypothecae, & vsurarum? Sane concordant inter se DD. quod vera, & perfecta venditio est dominii translativa, etiamsi pactum sit adpositum, ne dominium vsque ad pretii solutionem transferatur; ne sequatur absurdum, quod sit caussa sine effectu. Vbi enim est merx & pretium, ibi est emtio & venditio, quae efficiunt titulum dominii translatiuum. Nec pactum contra naturam contractus impedire valet eius ordinarium effectum, nisi in aliud negotium vi adiecti pacti transitum faciat. Quod si non eueniat, potius inutiliter pactum adiectum fuisse dicendum est. Conf. Ioan. Voët *ad Pandect. Lib. 2. tit. 14. n.* 5. Inquirentes autem iidem DD. in voluntate contrahentium, qui eo pacto nihil aliud agere voluerunt, quam securum fieri emtorem de pretio rei venditae soluendo, illud pactum in specialem & priuilegiatam hypothecam conuertunt, *arg. L. 7. C. qui pot. in pign.* Ita quidem opinati sunt Merlinus *de pignor. quaest.* 41. *a num.* 61. *ad* 70. cum reliquis adductis a Corradino, *l. c. n.* 44. quibus libenter adsentior. Si igitur, minus obstante pacto dominii reseruatiuo, in vera venditione, dominium ab emtore adquiritur, & hinc fit alienatio; non deneganda est vicinis actio, ex congruo ad rem alienatam persequendam.

33. Nec

33. Nec minus momentosa atque frequentior altera est inter DD. controversia, an concedendus sit retractus in alienatione, quae fit per dationem in solutum ob certae quantitatis debitum. Nonnulli eorum distinguunt inter dationem *voluntariam*, quae nempe sponte fit a debitore creditori, & *necessariam*, quae euenit judicis auctoritate; atque retractum concedunt in illa, in hac vero denegant: sunt etiam, qui in vtraque datione vicinis praelationem tribuunt: sunt tandem, qui neque in hac, neque in illa extraneis vicinos anteponunt. Inter eos, qui praefata distinctione vtuntur, merito occupat principem locum Andr. Tiraquellus *de retract. consangu.* §. 1. *gloss.* 14. *n.* 8. ibi: *secundo intellige, vt habeat locum retractus in datione in solutum voluntaria, quae fit ab ipso debitore creditori; non etiam in necessaria, quae fieret a iudice pro executione rei indicatae.* Molfesius noster *ad consuet. Neapol. par.* 12. *de iur. congr. quaest.* 22. *per totum*, hanc quaestionem concludens, scribit: *& de voluntaria datione in solutum non dubitatur; nam omnes id fere docent.* Istorum opinio ea ratione nisa videtur, quod voluntaria in solutum datio nihil ab emtione & venditione differt; necessaria vero non ita, quia deficit consensus domini, nempe debitoris. Confer. Tiraquellus, & Molfesius *ll. cc.*

34. Sed audiamus eos, qui abscisse in vtroque casu negant praelationem. Duabus eorum opinio fulcita creditur rationibus; quarum altera est, quod Constitutio *Sancimus*, quum sit lex statutaria, & odiosa, strictam meretur interpretationem, atque hinc a casu expresso ad non expressum non est extendenda. Vnde consectarium faciunt, quod in solis tribus expressis contractibus est concedenda praelatio, inter quos quum haud numerata adinueniatur datio in solutum, iure in ea praelatio est deneganda. Altera ratio ipsis est, quod in datione in solutum deficit pecuniae numeratio, quae ex eorum opinione est de substantialibus contractus. Sed quis non cognoscit, quanta propositorum argumentorum sit infirmitas, immo & falsitas? Statutum non esse stricte, sed ample interpretandum, Constitutionemque, de qua agimus, non odium, sed fauorem complecti, demonstrauimus *cap.* 2. *n.* 25. *& seq.* vbi etiam contraria relaxauimus argumenta. Hinc ne eadem hic repetamus, ex iis, quae ibi satis firmauimus, consequens est, quod quum eadem sit iuris ratio in venditione, ac in datione in solutum, eadem quoque iuris dispositio in vtraque vigere debet.

35. Errant quoque DD. opinantes, pretii numerationem esse de substantialibus contractus venditionis; si enim ita res se haberet, quae sub spe futurae numerationis contraheretur, venditio non esset, nisi quum pretium fuerit numeratum. Immo quum facile euenire posset, emtorem, cuius fidem venditor sequutus est, exceptionem compensationis opponere, & forsan ex alia consimili venditione, merito dicendum esset, quum in nulla earum interuenerit pretii numeratio, nullos fuisse contractus emtionis venditionis. Sed quis hucusque in iure ita delirauit? Porro si perfecta venditione ob consensum in re, & pretio

 sub

sub spe futurae numerationis res vendita tradatur, inde venditor emtori remittat debitum pretium, quis negabit, rem ex vendito emtorem possidere, non ex donato?

36. Iuri mihi magis consona videtur, & in praxi satis recepta est opinio eorum, qui & in voluntaria, & necessaria in solutum datione praelationem vicinis concedunt. Eorum autem sententia sequentibus rationibus sustentari posse mihi persuasum est.

37. Datio in solutum similis est venditioni, *L. 15. D. quib. ex caus. in poss. eat.* immo Imperator Antoninus *in L. 4. C. de euictionib.* de datione in solutum, ait: *nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet.* Si igitur datio in solutum est similis venditioni, immo stat eius loco; cur tantum in hac, minime in illa danda erit vicinis praelatio, dum nulla adparet disparitatis ratio? IC. Iulianus *in L. 12. D. de LL.* scripsit: *non possunt omnes articuli singillatim, aut legibus, aut SCtis comprachendi, sed quum in aliqua caussa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita ius dicere debet.* Iuliano consonat Vlpianus *in L. 13. eod.* vbi: *nam, vt ait Pedius, quotiens lege vnum, vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri.* Datio in solutum est similis venditioni, stat eius loco, vt dictum est, praebet eandem, quam venditio; vtilitatem vicinis; si res in solutum data euincatur, competit creditori vtilis actio ex emto. *L. 24. pr. C. de pignor. act.* cur igitur non sequemur regulas iuris ab Iuliano, & Vlpiano propositas, concedentes vicinis in vtroque negotio praelationem ex congruo?

38. Quamuis vero omiserit Imperator numerare dationem in solutum inter contractus, qui vicinis praelationem tribuunt; non inde tamen legitime deduci poterit, in eo negotio nullum praelationi esse locum. Siquidem in eadem Constitutione numerauit quoque ea alienationum genera, quae a praelatione sunt immunia, dum ait: *causa vero dotis, vel donationis propter nuptias, vel simplicis donationis, vel donationis causa mortis, vel ex testamento, vel ex permutatione, vel ex transactione, & parentes, & extranei omnes possunt alienare.* Inter praenarratas alienationis caussas non adinuenitur datio in solutum; vnde contra oppositae sententiae fautores eodem modo, quo ipsi contra nos, argumentari nobis licet. *Datio in solutum non connumeratur inter alienationes immunes a praelatione; ergo praelationi locum facit.* Non inficior, quod duo contraria argumentorum pondera quaestionem in aequilibrio ponerent, nisi pro nostra opinione adesset mantissa. Nulli nempe ex contractibus a retractu immunibus aequiparari potest datio in solutum, vt per interpretationem ab expresso ad non expressum distractum fiat legis extensio. Aequiparatur tamen venditioni, quia similis, & eius loco posita: *bona igitur occasio est*, contractum omissum *interpretatione suppleri.*

39. Si tandem in hoc iuris articulo

lo animus paulisper conuertatur ad caussam, quae Imperatorem impulit ad concedendam vicinis praelationem in quibusdam contractibus, & ad eandem in quibusdam aliis denegandam, statim adparebit sub quorum classe reponenda erit datio in solutum, quae in nulla earum adinuenitur descripta. Demonstratum est supra *num.* 3. tunc concedi praelationem, quum pretium, canon, vel merces certa est, & nullum incommodum patitur alienans, dum quod ab extraneo accepturus esset, a vicino accipit. In datione in solutum quantitatis debitum certum est, nec aliquid incommodi substinet debitor, dum pro re, quam in solutum creditori suo dare desiderat, pecuniam dat, a vicino acceptam pro pretio eiusdem rei in solutum dandae. Aeque vel in toto, vel in parte extinguit debitum per pretium, quam per rem. Cur igitur priuandus vicinus praelatione?

40. Corollarii loco heic erit addendum, praedicta omnia vera esse, dum datio in solutum fit ob debitum certae quantitatis, non incertae, vel speciei; etenim quod datur ob incertam quantitatem, transactionem facit, quae vero ob debitam speciem, permutationem gignit; quae duo negotia a retractu sunt immunia, *d. Constitut. v. causa vero dotis &c.*

41. In datione in solutum necessaria, ea de caussa nonnullis placet denegandam esse vicinis praelationem, quia vicem venditionis tenere haud videtur, vt de voluntaria iam probatum est. Deficit namque, ipsi aiunt, debitoris consensus, quem nedum in venditione, sed in reliquis quoque conuentionibus leges requirunt abscisse, *pr. I. de empt. vendit. L.* 1. §. 2. *D. de pact.* Si igitur huiuscemodi datio in solutum nec vicem venditionis obtinet, nec ei aequiparari omnino potest, quae est potissima ratio, cur voluntaria faciat locum praelationi; recte sequi videtur, eundem effectum dationem necessariam non gignere.

42. Si debitoris consensus deficeret in datione in solutum necessaria, structum hucusque argumentum satis firmaret opinionem negantium praelationem in huiuscemodi datione. Verum licet absit debitoris consensus verus, & omnino voluntarius, tamen quum non deficiat praesumtus, & necessarius, qui satis est ad contractum constituendum, *arg. L.* 14. *D. de condict. indeb.* hanc quoque dationem in solutum vicem venditionis obtinere dicendum est. Deficit quidem expressus, & verus consensus debitoris; etenim si ab eius libera voluntate debiti solutio penderet, rem quidem in solutum minime daret: sed lex optima voluntatum humanarum interpres contra morosum debitorem fingit ex facto, vnde debitum surgit, & quod quidem consensu vero contractum fuit, debitorem consentire in omni actu ad creditoris promissam satisfactionem necessario. Facultatem hinc eadem lex tribuit iudici bona morosi debitoris pignoris nomine capere, *L.* 1. *C. si in causs. indic. pign. cap.* & ea distrahere vel creditori adiudicare eodem modo, ac faceret ipse debitor, si officio suo fungi vellet. Iudex igitur dum creditori debitoris bona addicit, debitoris of-

officium explet, Gratianus *discept.* 554. *n.* 17. Tiraquellus *de retr. cons. sang.* §. 1. *glos.* 14. *n.* 13. Guttierez *pract. quaest. lib.* 1. *quaest.* 157. Idque adeo verum est, vt si res a iudice creditori addicta, inde euincatur, creditor contra debitorem euictionis actionem experiri poterit, tamquam si ab eo emisset, *arg. L.* 24. *pr. D. de pigner. act.* Quemadmodum hinc, si ipse debitor in solutum daret, ita, & quum iudex addicit, praeferendi erunt vicini.

43. Nec obstant, quae contra praedicta adduci solent praesertim a Iosepho Sorge *in Iurispr. forens. tom.* 2. *de iur. prothom. n.*21. *v. ex his patet.* vbi ait: *Neque satis est ad reddendam traditionem voluntariam, quod caussa necessitans ad tradendum oriatur ex voluntario tradentis contractu, vel quasi contractu, aut delicto: aliud enim est, caussam esse voluntariam, aliud effectum esse voluntarium; alioqui, si effectus posset dici voluntarius, quia caussa fuit voluntaria, qui in carceribus ex contractibus aut delictis voluntariis detinentur, voluntarii captiui essent; & qui ex delictis propria voluntate commissis suspendio necantur, voluntarie, & non necessario morerentur; nec in triremibus vllum discrimen esset inter spontaneos remiges, & coactos. Quae omnia quam impropria, quam absurda sint, & falsa, nemo est, qui non videat.* Non obstant inquam: distinguenda siquidem est coactio physica a coactione morali; illam, non vero hanc iudex exercet. Moralis necessitas, ob quam iudex physicam coactionem imponit, ubi ipsi debitor, vel maleficus adiunxit, dum libere vel contraxit, vel deliquit. Vnde fit, quod iudex nec ad poenam, nec ad solutionem cogit eos, qui coacte ad contractum vel ad delictum accesserunt. Nec voluntarie, sed necessario soluit debitor, qui sponte & sine iudicis coactione contractae obligationi paret; agnoscit enim necessitatem, quam sibimetipsi contrahendo imposuit, & ex ea necessitate soluit; quod si non faciat, a iudice ex ipsa voluntaria obligatione ad soluendum adigitur. Porro nec ipse Sorge denegat vicinis retractum in alienatione, quae fit sub hasta, *l. c. n.* 21. quae quidem necessaria est, non voluntaria. Nec tandem factum vicini debitoris laedere potest ius alteri vicino competens, *L.* 5. §. 5. *D. de nov. oper. nunc.* & minueretur sane, si ob aes alienum ab eo contractum, praelatione priuaretur super praedio, quod ex necessitate alienat. Quae autem proprie necessaria venditio est, quam nempe nullum praecessit venditoris obligatorium factum, veluti dum quis vendit coactus a lege, statuto, Principis rescripto, similique imperio, tunc praelationem vicinorum cessare non est ambigendum. Conf. Petr. Marcell. Corradinus *de iur. praelat. qu.* 17. *n.* 1. de Franchis *dec.* 277. *& ibi* Novarius.

44. Ad eam nunc accedamus nimis ventilatam quaestionem, ad quam rerum ordo nos vocat: debeatne praelatio vicinis concedi in alienatione, quae fit sub hasta? Non desunt quidem ex vtraque parte dubitandi rationes; & hinc nil mirum, si nec DD. inter se conueniunt, & discrepant inter

ter se quoque supremorum Tribunalium nostrorum deci siones. Dicam in hac re, quae sunt dubitandi occasiones, & quae mihi probabilior videtur sententia, indicare non praetermittam; quae tandem sequenda erit, subnectam.

45. Qui negatiuam in hac controversia tuentur partem, sequentibus vtuntur argumentis. I. Praelatio a Constitutione nonnisi in alienatione voluntaria conceditur; ait enim Imperator: *si quis alienare velit*: venditio autem, quae fit sub hasta, necessaria est non voluntaria; in ea igitur cessat retractus: II. Tunc vicinis retractus conceditur, quum nulla praecessit denunciatio; etenim si denunciatus vicinus infra legitimum tempus iure suo non vtetur, denegabitur praelatio, & hinc retractus. Dum sub hasta alienantur bona, nedum vicini, sed dissiti quoque possessores ad emtionem publico programmate, vel voce praeconis invitantur. Si igitur hac spreta denunciatione ad hastam vicinus non accessit, tacite iuri suo renunciasse censetur; plus namque valere debet publica, quam priuata denunciatio, *argum. L. 12. C. de pact. Nouell. 7. cap. 9. §. 1. & ibi* Gothofredus. III. Officium denunciandi congruentes possessores a Constitutione ipsi domino alienanti iniungitur: *non ante licet ei alienare, quam denunciauerit*; dum res venditur sub hasta, non alienatur a domino, sed a iudice; cessat hinc Constitutionis denunciandi praeceptum & per consequens praelatio, atque retractus. IV. Si in alienatione sub hasta vicinis concederetur praelatio vel nullus, vel saltem rari ad auctionem homines accederent; quippe, si vili pretio emerint, vicini iure praelationis vtentur; si vero cariori, quod frequenter in calore aemulationis euenire solet, apud ipsos remanebit emtores. Expedit autem adesse frequentiam licitatorum, vt quantiplurimi res vendatur. Ad hunc obtinendum finem nullum magis efficax medium, quam vicinis super rebus sub hasta venditis praelationem denegare. Tandem V. laederetur fides publicae hastae, si praelatio vicinis tribueretur, quum hasta sine vlla limitatione rem venalem ei promittat, qui maius pretium auctione obtulerit; quod sane non eueniret, si a maioris quantitatis licitatore eam iure praelationis auferre posset vicinus.

46. Sunt autem huiusmodi argumenta ab iis structa, qui in hac controuersia adfirmatiuae adhaerent opinioni. I. Alienatio, quae fit a iudice, inspecta eius origine, voluntaria est, vt supra demonstratum *n.* 43. quemadmodum igitur in alienatione, quae a debitore fieret, ita & in ea, quae fit a iudice aeque vicini sunt praeferendi. II. Si de alienatione vicini non denuncientur, retractum exercere poterunt; denunciatio autem vicinis facienda non est quaecumque, sed quae eos, nedum de re alienanda, sed de pretio, de emtore, & de adiunctis pactis certiorem facit. Conf. Petr. Corradinus *de iur. praelat. q. 4. n. 3.* quae de venditione sub hasta fit denunciatio, certiorem haud reddit vicinum de emtore, de pactis adiunctis; multoque minus de pretio, quod non nisi post perfectam auctionem certum efficitur.

III.

III. Porro denunciatio, quae fit ob venditionem sub hasta non est, quam Constitutio praecipit, quam ea non ad praelationem a vicinis exercendam adhibeatur, sed potius ad inuitandos tum congruentes, tum dissitos possessores, vt ad auctionem accedant; deficiente igitur denunciatione, quam exigit Constitutio, iure vicinis retractus est concedendus. IV. Ius congruentium possessorum minui non potest a debitore, cuius bona sub hasta venduntur: & minueretur sane, si iure praelationis, qua fruuntur, in alienatione ab ipso debitore facta, priuarentur in ea, quae fit sub hasta. V. Quamuis denunciandi congruentes possessores obligatio venditori ab ipsa Constitutione sit iniuncta, eam tamen impleri posse per emtorem consensu tenent DD. ea ratione, quod adquirenti interest, alienationem firmam remanere. Conf. *cap. VIII. de alienatione denuncianda*; poterit igitur, qui sub hasta emit, priusquam res emta sibi a curia tradatur, congruentes possessores de re, de pretio, deque hastae adpositis conditionibus certiores facere, vt si eis placuerit, praelatione vtantur. Nec VI. laederetur fides publicae hastae, dum res sub ea vendita a maioris quantitatis licitatore iure congrui auferretur. Nonne eidem licitatori praefertur creditor eius debitoris; cuius bona auctione venduntur? *L. 16. D. de reb. auct. iudic. & ibi* Gothofredus. Nonne eidem licitatori praefertur dominus directus in alienatione emponematum? Petr. Corradinus *de praelat. quaest. 31. n. 53. & seqq.* Porro absurdum non est, si rem vili forsan pretio emtam vicini petant iure praelationis, repudient vero, si cariori est comparata. Euenit id quoque in alienatione, quae fit per conuentionem inter venditorem & emtorem; nec ideo vicino denegatur praelatio. Sibi ipsi autem imputare debet oblator, si emulationis calore accensus rem sub hasta plusquam iusto pretio emere placuit.

47. Probarem sane hanc adfirmatiuam opinionem, nisi hoc vnicum sequens ab ea me sciungeret argumentum. Alienare volenti id praecipitur a Constitutione, quod, priusquam ad alienationis actum deueniat, omnes denunciet congruentes possessores: *non ante liceat ei alienare, quam denunciauerit . . . . sin autem plures sint in iure protimeseos, omnibus denuncietur.* Dum res venditur sub hasta non est proprie debitor, qui distrahit, sed eius loco iudex, cui nullum est a Constitutione iniunctum praeceptum denunciandi congruentes possessores. Porro neque iudex, neque debitor denunciare valent ante auctionem; ignorant enim, qui futurus erit emtor, quod pretium res venalis accipiet, quibusue conditionibus res distrahendis erit, quae omnia vicinis in denunciatione sunt patefacienda. Rendella *de iur. protom. v. denuncietur. n. 10.* Impossibilium autem nulla est obligatio, *L. 35. §. 1. D. de V.* [illegible] *L. 188. §. 1. D. de R. I.; L. 8. C. de contrah. & committ. stipulat.* Si igitur nulla est denunciandi necessitas, siquidem ei impleri minime potest, nulla quoque est vicinorum praelatio, nullus hinc retractus; qui nonnisi ob omissam denunciationem infra decennium vicinis conce-

ceditur. Nec oppositae suffragatur opinioni, quod ea denunciatio, quae in venditione sub hasta fieri nequit a venditore, suppleri potest ab emtore post perfectam auctionem; hoc siquidem est in disputatione, an nempe emtor sub hasta praelationem concedere debeat congruentibus possessoribus. Supplet quidem emtor denunciationem a venditore faciendam in spontanea venditione, quia ea abscisse fieri debet, & potest; eius tamen vices implere non debet, dum ob effectus impossibilitatem ad illud officium implendum obstrictus minime erat.

48. Quum tamen consuetudo sit optima legum interpres, *L.* 37. *&* *L.* 38. *D. de LL.* & ea proprie consuetudo dicatur, quae contradicto iudicio firmata est, *L.* 34. *eod.* In nostro autem S. C. aliisque huius Regni supremis tribunalibus semper concessa fuit vicinis praelatio, contradicentibus extraneis emtoribus sub hasta, vt testantur de Franchis *in decis.* 277. 482. *&* 588. Manfrella *ad decis.* 46. Capyciilatro, Sanfelicius *in decis.* 103. de Marinis *in resol. tom.* 1. *par.* 2. *cap.* 256. & ad Reuerteram *obseru.* 278. *n.* 3. Ac tandem Ioseph. Sorge *in enucleat. cas. forens. cap.* 39. *n.* 4. vbi duas S. C. & tertiam Regiae Generalis Audientiae exercitus transcribit decisiones: dicamus oportet, adiunctos possessores praeferendos esse etiam in alienationibus, quae fiunt sub hasta.

49. Ad auertenda tamen incommoda, quae ex hac praelatione oriebantur, praesertim in ciuitate Neapolis, vbi retrahentes ex Consuet. *si quis emit*, tit. *de iur. cong.* non illud pretium soluere debent, quod ab emtore numeratum est, sed a tabulariis aestimatum; quod sane non immerito ab auctione arcet oblatores, timentes, ne rem, sub hasta vltra iustum pretium emtam, pro pretio iuste a tabulariis constituendo, iure congrui vicinis concedere debeant; hanc cautionem adhibere solent nostra tribunalia, vt omnes congruentes possessores sub poena amissionis iuris congrui ad auctionem inuitent; ad quam si accesserint, tacite iuri praelationis renunciasse dicuntur; si vero ab augendo se abstinuerint, eodem iure priuabuntur ob poenam in eos a iudice comminatam.

50. Re immobili in dotem data, vel sine vlla aestimatione, vel cum ea, sed tantum taxationis caussa facta, nullam praelationem vicinis deberi inficiari valet nemo. Siquidem ipse Imperator in dicta Constitutione, numerans alienationis actus, a retractu immunibus, scripsit: *ex caussa tamen dotis, vel donationis propter nuptias . . . . & parentes, & extranei omnes possunt alienare.* Ait igitur: *possunt alienare*, h. e. non denunciatis vicinis, quibus praelatio concedi solet in nonnullis aliis alienationibus. Etenim, dum congruentibus possessoribus Imperatori placuit, praelationem concedendam esse, ait: *non ante liceat ei alienare, quam denunciauerit.* Dum igitur alienationem sine denunciatione permisit, vicinis praelationem denegare voluisse credendum est.

51. In alienatione vero rei immobilis in dotem datae, caussa venditionis aestimatae, videtur non ambigendum, praelationem deberi congruentibus

bus possessoribus. DD. tamen hac in re non consentiunt, sed nonnulli eorum distinguunt inter dotem a patre, & eam, quae ab extraneo constituitur, atque opinantur, praelationem vicinis non competere, dum pater dotem aestimatam filiae constituit in defectum aliorum bonorum ea ratione, quod quum necessitas dotandi filiam a lege descendat, necessitas vero tradendi illam rem specialem sit imposita a facto, idest a deficientia aliorum bonorum, in huiuscemodi alienatione necessaria cessat praelatio. Non ita tamen sentiunt, si patri alia sint bona, ex quibus filiam dotare valet; siquidem, cessante tunc necessitate specialem rem tradendi, surgit vicinorum ius, nempe praelatio. Confer. Petr. Corradinus *de Marittr. praelat. quaest.* 17. *n.* 22. *&* 23. *cum DD. ibi allegatis*. Sed quum alibi iam sit demonstratum, tam in voluntaria, quam in necessaria alienatione praelationi locum esse, siue a lege, siue a facto haec necessitas descendat, supervacanea allata DD. distinctio censeri debet.

52. Porro quid interest patri dotanti, si rem aestimatam venditionis caussa, vel eiusdem pretium genero tradat? Si enim, soluto sine filiis matrimonio, dos ei erit restituenda non in ipsa re, sed in eius pretio, quid incommodi sustinebit, rem dotalem apud generum potius, quam apud congruentem esse possessorem? Licitum fecerunt leges genero rem dotalem, quam venditionis caussa aestimatam accepit, ad libitum alienare, *L.* 10. §. 4. *& seq. L.* 17. §. 1. *D. & L.* 10. *C. de iur. dot.* quis igitur negabit super ea re dotali praelationem vicinos exercere posse?

53. Si vero ab extraneo dos alienae puellae aestimata venditionis caussa constituta fuerit, quamuis nulla neque iuris, neque facti concurrat necessitas; tamen de vicinorum praelatione in hoc casu non consentiunt DD. quos longo catalogo ex vtraque parte congessit Corradinus *l. c. n.* 24. *& seqq.* Qui autem praelationem vicinis negant, credunt, venditionem, quae in dotis datione fit, non veram, sed fictam esse, principalemque contractum dotis esse; venditionem vero ipsius dotalis contractus qualitatem dumtaxat tenere; & hinc rem, hoc modo in dotem acceptam, non ex vendito a marito possideri, sed pro dote. Porro subdunt, posse mulierem ex communi DD. calculo huiuscemodi rem dotalem reuindicare, si tempore restitutionis pretii maritus non sit soluendo; quod quidem non eueniret, si vere ex caussa venditionis maritus rem dotalem possedisset. Hinc deducunt, quod vicinis ex vendito in praefata dotis datione non est concedenda praelatio.

54. Quantum autem in hoc a veritate distat prima DD. assertio; maritum nempe dotem aestimatam non ex vendito possidere, sed pro dote, manifestant *L.* 5. *&* 10. *C. de iur. dot.* Illa Imper. Alexander, maritum dotem aestimatam recipientem, pretii, non ipsius rei debitorem facit: hac vero Impp. Diocletianus, & Maximianus ad consequendam aestimatam dotem ex emto, non de dote actionem concedunt

dunt, eamque subdunt caussam, quod omnis rei dotalis diminutio, omneque incrementum mariti est. Quae omnia meridiana luce clarius manifestant, ex emto quidem dotalem rem aestimatam a marito possideri.

55. Nec mirum, si vxori concederetur, vt concedunt DD. reiuindicationem, dum tempore solutionis pretii maritus non est soluendo; siquidem ex eorumdem DD. sententia sub ea tacita resolutiua conditione res vendita fuit; quod si tempore restitutionis dotis, pretium minime fuerit solutum, resolueretur contractus, & dominium rei venditae ad mulierem reuerteretur. Conditio autem resolutiva minime impedit dominii translationem, aliosque ipsius venditionis effectus (*Conf. n. 14. supr.*); qua de re, quum venditio sit vera & perfecta, ac dominium rei dotalis pure in maritum transfertur, caeteri quoque effectus adesse fateri oportet, inter quos & vicinorum praelatio. Reliqua habebis in *cap. seq. n. 2. & seq.*

56. Inter alienationis actus, in quibus Imperator praelatos voluit alienandae rei congruentes possessores, secundo loco adnumerauit emphyteusim; ille nempe contractus, quo dominium vtile rei immobilis in perpetuum, aut ad tempus non modicum sub lege meliorationis a domino pro certo annuo canone conceditur. Est igitur emphyteusis, vel perpetua, vel temporaria: ac siue haec, siue illa vtile dominium rei, hoc titulo concessae, in accipientem transfert; hac de re Imperatori placuit, vicinos praeferendos esse in adquisitione huiuscemodi vtilis dominii.

57. In temporaria autem emphyteusi quaerunt DD. an, tempore expleto, liceat directo domino eamdem rem emphyteuticam cuicumque eadem, vel sub diuersa lege in emphyteusim concedere, vel antiquo vtili domino, si hic velit, praelationem concedere debeat. Non desunt sane DD. qui antiquum emphyteutam praelatum volunt, inter quos est Boerius, *quaest.* 107. & noster de Franchis, *decis.* 123. *&* 406. Sunt vero qui distinguunt inter descendentes vltimi possessoris, & eiusdem collaterales, atque praelationem illis quidem, non vero his concedentes, de quibus conferendus Iulius Clarus, §. *emphyteusis*, *quaest.* 43. Sed tam illorum, quam istorum opinio nulla, vt mihi videtur, iuris ratione sustineri valet. Nam, quemadmodum ante concessionem liberum erat domino rem suam cuilibet in emphyteusim concedere, *arg. L. 32. C. de loc. & cond. L. 14. C. de contrah. empt.* ita quoque post reuersionem ex lege contractus factam, liberam apud eum consistere debere ita, vt cuicumque ei placuerit, concedere valeat. Nec praelatio in alienatione alicui concedenda, nisi cui speciatim eam lex indulget.

58. Vtuntur quidem, adfirmatiuam opinionem pro praelatione sustinentes *arg. L. penult. C. de locat. praed. ciuil.* qua veteres possessores ciuilium praediorum nouis conductoribus praeferuntur; sed quum illud ius singulare inductum sit ad compensandum incommodum, quod publicani aliquando sustinent retinendi conductionem vltra tempus definitum; quod sane, quum euenire non possit in temporario em-

O phy-

phyteuta, deficiente paritatis ratione, eodem praelationis priuilegio publicani, & emphyteutae frui iura non patiuntur.

59. Multoque minus ad rem pertinet argumentum ductum a *L.* 1. §. 44. *D. de aqu. quotid. & aest.* etenim quum ibi IC. Vlpianus §. 43. eiusdem legis diuisisset ius aquae ducendae in personalem, & praedialem, illamque cum persona extingui, hanc vero perpetuo durare dixisset, inde subdit. *d.* §. 44. *Plane ei, ad quem dominium transit, impetrabile est: nam si docuerit, praediis suis aquam debitam, & si nomine eius fluxisse, a quo dominium ad se transiit, indubitate impetrat ius aquae ducendae, nec est hoc beneficium, sed iniuria, si quis forte non impetraverit.* Agit igitur IC. de interdicto aquae ducendae, quod nedum possessionis, sed proprietatis quoque caussam continet, *d. l.* 1. §. *vlt.* Ad huiuscemodi hinc interdictum impetrandum haud sufficit eo anno aquam fluxisse, sed porro opus est, demonstretur, ius esse eam aquam ducere; vnde IC. eamdem prosequens orationem de praediali seruitute aquae ducendae, quae cum ipso praedio ad quemcumque possessorem transfertur, subdit: *plane ei, ad quem dominium transit, impetrabile est &c.* Non loquitur igitur de seruitute iam amissa, et denuo contra voluntatem domini praedii seruientis constituenda; sed de ea tantum, quae praedio debebatur, sed qua nouus dominus nondum fruitus erat, bene vero ille, a quo fundi dominium ad se transierat; & hoc Praetori patefacto, interdictum sine dubio impetrandum erat, & iniuria quidem petenti denegaretur.

60. Rectius igitur opinantur Andr. Gailius *lib.* 2. *obs.* 148. *n.* 3. Zoesius *ad Pandectas tit. locat. n.* 115. Fachineus *contr. lib.* 1. *cap.* 100. Perezius *ad tit. Cod. de iur. emphyt. n.* 14. Aduertit tamen idem Gailius *l. c.* rem aliter definiendam, vbi contraria adest consuetudo, quae sane multis in locis facillime introducta adinuenitur; siquidem opinio eorum, qui praelationem antiquis emphyteutis concedunt, magis aequitati, quam iuris rigori innixa dicitur, teste Petro Marcello Corradino *de iur. prael. quaest.* 42. *n.* 4. Hinc deducendum, quod, si cum antiquo emphyteuta aliquis concurrat ex congruentibus possessoribus, huic potius, qui apertum ius, ex Fridericiana Constitutione proficiscens, allegare valet, praelatio erit concedenda.

61. Quum non solum concessione in emphyteusim, sed etiam libellaria, atque precaria, & multo magis per censum reseruatiuum rei concessae dominium in accipientem transferatur, in hisce quoque contractibus aeque praelationem vicinis non denegandam consensu tenent DD. vbi enim eadem subest praelationis ratio, eadem quoque vigere debet iuris dispositio, *L.* 12. & *L.* 13. *D. de LL.* De libellario contractu nonnulla prius dicamus oportet; vt, eius cognita natura, facile dignosci valeat, qui sit eius effectus, nempe vtilis dominii translatio in eum, qui rem hoc libellario titulo recipit. Huiuscemodi concessionis sub nomine libelli altum silentium in legibus Romanis; dumtaxat de ea fit mentio in libris

libris. Feudorum, *lib.* 1. *tit.* 5. *quib. mod. feud. amitt.* ibi inter caussas, quae ob alienationem feudi eiusdem fit amissio, adnumeratur concessio libellaria: *aut si libellario nomine amplius medietate in feudum dederit*; & ibidem: *si quis feudum habuerit in curte domini sui; non poterit ipsum feudum in aliqua parte libellario nomine alicui sine consensu domini concedere*.

62. Quamuis in omnibus codicibus feudalibus *libellario nomine* legatur, tamen non conuenit inter scriptores, an *libellarius*, vel *liuellarius* contractus dici debeat. Qui a parua charta, in qua huiuscemodi contractus ad seruandam eius memoriam describebatur, eam vocem descendere credunt, *libellarium* appellant; quibus vero placet descendere ab Itala; voce *liuello*, quae graeco latinoque *canoni* correspondet, quoque designatur annuus census, ab emphyteuta domino directo pendi solitus, *libellum*, *liuellum*, & *liuellarium* contractum scribunt. In hac tamen re a vulgari, et recepta lectione recedere nolumus; praesertim quia omnes conueniunt, quod paruis codicibus, qui *libelli* dicuntur, in scripturam huiusmodi concessiones redigebantur. Clarus §. *emphyteusis*, *quaest.* 1. Valascus *quaest.* 35. *in fin. de iur. emphyt.*

63. Quid autem sit libellaria concessio; ex ipsis libris feudorum minime adparet. Dionys. Gothofredus de eo alienationis genere, quod ius colonarium gignit, intelligendam esse credit; de quo meminit Imper. Iustinianus *in Nouell.* 7. *praef.* §. 1. ibi: *colonarium ius est, veluti si domum valentem centum solidos, & praestantem pensionem decem solidorum, accipiat quis ab Ecclesia, det pro ea solidos centum, seu amplius, aut certe minus: & quasi iam de proprio adgrauet se dare singulis annis, quasi pensionis nomine, solidos tres. Iste autem appellatur paraecus, sed ipsam domum sub tam parua pensione in perpetuum, & ipse, & heredes eius possidebunt*. Adnotat hinc hisce verbis eo loco Gothofredus: *libellarius contractus fit certo pretio numerato, & eo amplius certa pensione in annos singulos propter rem immobilem ab alio acceptam, vt hic. Aliis libellaria est quoties emphyteuta vel vassallus rem emphyteuticam, vel feudalem alteri in emphyteusim, vel feudum concedit*, et paucis interiectis, subdit: *Hoc autem contractu libellarii notandum est, transferri vtile dominium, retento directo, & comparari superficiario, precario, & emphyteutico*.

64. Baldus in Rubrica *Cod. de iur. emphyt.* tenet, quod contractus libellarius fit, quando pro certa annua praestatione conceditur res immobilis; et quidem perpetuo ab eo, qui non est dominus; veluti a Feudatario, vel emphyteuta, vel ab eo, qui dominus est ad triginta annos (hodie ad viginti nouem) cum pacto renouandi; & in eo dicit differre ab emphyteusi, quod licet detur ad certum tempus, tamen sine pacto renouationis conceditur. Verum subdit idem Baldus, concessionem, a domino factam, nunquam praesumi *libellariam*, sed potius *emphyteuticariam*; et hinc, nisi expresse de libellaria fiat mentio, *emphyteusis* censebitur, et huiusce contractus seruabuntur qualitates. Conueniunt tamen omnes scriptores,

O 2 quod

quod libellaria concessione transfertur dominium vtile in accipientem. Confer. Franc. Fulgineus *de iur. emphyt. in praelud. quaest.* 2.

65. A precibus eius, cui res immobilis pro annua pensione conceditur, quinto, nono, vel vlteriori quoque anno renouanda, contractus precariae proficiscitur, & a precario nomen duxit quae sane vox semper neutro genere, nunquam foeminino adhibetur in legibus Romanis. Precarium nempe, et quia ad preces accipientis conceditur, de quibus oportet fiat mentio in instrumento; sed etiam, quia est simile precario, ad nutum scilicet concedentis reuocabile. Puto tamen non omni tempore infra quinquennium, vel nouennium reuocari posse, sed tunc demum, quum renouatio fieri deberet.

66. Affinis emphyteusi dicitur hic contractus precariae; quia vterque dominium vtile transfert in eum, qui rem immobilem altero titulo accipit. Verum inter vtrumque multae intercedunt differentiae. Et sane 1.) precaria renouanda est tempore praestituto, et adeo huiuscemodi renouatio est de natura contractus, vt si non esset in instrumento adscripta, intelligeretur adposita. Valascus *de iur. emphyt. quaest.* 34. *n.* 11. & 14. quae quidem renouatio necessaria non est in emphyteusi; 2.) in contractu precariae, minime vero in emphyteutico fieri debet mentio precum accipientis, Valascus *l. c. n.* 15. 3.) precaria est reuocabilis, minime vero emphyteusis, Mantica *de tacit. & ambig. conuent. lib.* 22. *tit.* 4. *n.* 20. 4.) solet precaria quandoque dari gratis, non ita tamen emphyteusis, Abbas in *cap.* 1. *X. de prec.* 5.) facta irrationabiliter precaria a Rectoribus Ecclesiarum reuocari potest a successoribus sine metu poenae forsan statutae; non ita tamen in emphyteusi, Cardinalis Hostiensis, et Innocentius in *cap.* 2. *X. de prec.* Tandem 6.) precaria facta ad beneplacitum Pontificis, eiusdem morte expirat, Franc. Fulgineus *de iur. emph. in praelud. quaest.* 11.

67. Ab emphyteusi multum quoque distat census reseruatiuus. Etenim concessione emphyteutica rei immobilis dominus transfert in emphyteutam dominium vtile tantum, qui vero censum dumtaxat, idest annuam praestationem sibi reseruat, plenum rei dominium censuario concedit. *L. fin. C. de rer. permutat.* Vnde fit, quod cessante a canonis solutione emphyteuta ecclesiasticus per biennium, laicalis per triennium, ius suum amittit, et vtile dominium cum directo consolidatur; censuarius vero a iure suo minime cadit, etiamsi per plures annos statutam praestationem non fecerit, sed ad eas tantum soluendas a concedente adstringi poterit, Franc. Fulgineus *de iur. emphyt. in prael. quaest.* 8. Mantica *de tacit. & ambig. conuent. lib.* 22. *tit.* 3. *n.* 9. & *seqq.* Tandem quod ab emphyteuta soluitur quoque anno, *canon* dicitur; quod a censuario, *census* adpellatur.

68. Quum igitur omnibus hucusque laudatis contractibus dominium saltem vtile, vt dictum est, & plenum in concessione censuaria, transferatur, vicinis praelationem concedendam esse, nemo

nemo inficiabitur; & sane omnes DD. in hoc consentiunt. Non idem tamen sentiendum de censu consignatiuo, seu vt vulgo dicitur, *bullari*, qui super re immobili quoque constituitur per contractum emtionis & venditionis annui reditus. (*Conf. Institutiones nostras huius Regni Neapolitani*, *lib. III.* §. 129.) Si quidem quum huiuscemodi contractus nec directum, nec vtile dominium transferat in emtorem census, sed dumtaxat debitorem faciat venditorem annuae constitutae quantitatis; neque emtorem inducat in possessionem rei censui subiectae, & pro eiusdem securitate hypothecatae, *Confer. cap. praec. n.* 38. *&* 39. hinc sane fit, quod congruentibus possessoribus rei immobilis censui addictae nulla praelatio concedenda, & ita S. C. definiuisse die 26. Ianuarii 1558. testatur Vincent. de Franchis ad Cons. Neapolitan. *si quis emit*, tit. *de iur. congr.*

69. Aliter tamen res definienda, quoties, constituto iam censu consignatiuo, eiusdem debitor rem censui, & hypothecae subiectam creditori eum in finem tradit, vt loco debiti census eiusdem rei percipiat fructus; quae sane concessio correspondet Romanorum mutuo cum antichresis pacto, quo vice vsurarum conceduntur fructus praedii oppignorati, quod quidem apud nos dicitur *a godere*; Andr. Gailius *Lib. II. obseru.* 3. etenim fruiturus est creditor fructibus rei pignori datae, quousque debitor fruetur pecunia mutuata, vel ad pretium census numerata. Quamuis enim huiuscemodi conuentione nec directum, nec vtile dominium creditor, vel emtor adquirat; tamen quia accipit rei possessionem, quam pro se tenet, *Cap.* 5. *n.* 38. *&* 39. fructusque loco domini percipit, reputatur a DD. tamquam emphyteuta, vel saltem, tamquam conductor ad longum tempus. Confer. Anna *singul.* 326. verbo *locatio*, & Rendella v. *per locationem*.

70. Tertius, & postremus contractuum, in quibus vicini iure petunt praelationem, est locatio & conductio; sed an quaecumque, vel ea dumtaxat, quae fit ad longum tempus, inter DD. non conuenit. Matth. de Afflictis *in princ. Comment. ad Constitutionem Friderici n:* 25. primo opinatur, etiam in locatione ad breue tempus ea ratione vicinos praeferendos esse, quod Constitutio generatim dicat *locationem*, quae generalis locutio et ad longum, et ad breue tempus factam locationem complectitur; & vbi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, *L.* 8. *D. de Publ. in rem act. L.* 1. §. 1. *D. de legat. praest.* In fine tamen eiusdem numeri concludit dubitanter. Verum communis opinio, resque in foro perpetuo iudicatae stant contra de Afflictis sententiam. Et sane Constitutio non ait generatim; *Si quis locare velit*, sed *si quis alienare velit per locationem*. Requiritur igitur alienatio, quae quidem non euenit, nisi in locatione ad longum tempus, per quam vtile dominium in possessorem transfertur, *L.* 1. §. 3. *D. de superf.* vbi IC. Vlpianus scripsit: *Vt si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio: & sane caussa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*. Sed vndenam

denam huiuscemodi realis actio, si non ex dominio vtili? Tiraquell. §.1. *glos.* 14. *n.* 79. Ex eadem locatione ad longum tempus transfertur possessio in conductorem, quod minime fit in ea, quae ad breue tempus contrahitur. Idem Tiraquell. *l. c. n.* 80.

71. Vnde consectarium est, vt quemadmodum emphyteutae, cui tantum est dominium vtile in fundo emphyteutico, non denegatur praelatio in alienatione praediorum congruentium, concedenda sit quoque conductori ad longum tempus, quia & ipse vtili fruitur dominio in fundo ad longum tempus conducto. Hinc adposite de Afflictis *l. c. n.* 38. scripsit: *Item quaero an locatarius ad longum tempus possit petere rem coniunctam iure congrui? & dic, quod vtique, quia habet vtile dominium.*

72. Quamuis Fridericiana Constitutione in omnibus supra narratis contractibus praelatio concedatur in alienatione praediorum congruentium; Consuetudines tamen Neapolitanae praelatos faciunt vicinos in sola alienatione, quae fit per venditionem, Consuet. *Si quis emit*, tit. *de iur. congr.* Hinc si res immobilis in districtu Neapolitano posita concedatur in emphyteusim, ad libellam, ad precariam, vel per censum reseruatiuum, congruentes possessores eam petere nequeunt iure congrui. Verum, si sub aliquo praefatorum contractuum venditio latitet, retractui locum fore non est ambigendum. Quod sane fit, quando concessio complectitur facultatem redimendi censum, vel canonem, vulgo *affrancandi*. Vrsill. *ad decis.* 72. de Afflictis, de Franchis *decis.* 192.

CAPVT VII.

De alienationibus immunibus a iure congrui.

1. *Cur Imperator Fridericus ea etiam alienationum genera in sua Constitutione numerare voluit, quae a iure congrui sunt immunia?*
2. *Res alienata titulo dotis inaestimatae, vel aestimatae taxationis caussa est immunis a iure congrui.*
3. *Discrepant DD. opiniones, Tribunaliumque decisiones, an locus sit iuri congrui in dote aestimata venditionis caussa.*
4. *Referuntur rationes, quae videntur sustinere opinionem negatiuam, & quomodo iis respondendum.*
5. *Alienatio, quae fit per donationem, non subiacet iuri ex congruo promananti.*
6. *An idem dicendum de ea donatione, quae fit sub lege alimentorum donanti praestandorum?*
7. *Ius congrui an exerceri possit contra donatarium, qui ab emtore caussam habet. Quae differentia super hoc articulo inter Constitutionem Friderici, & Consuetudinem Neapolitanam de* iure congrui, ibid.
8. *Quando locus est vulgari regulae:* si hodie emo, cras dono, cessat retractus?
9. *Sunt etiam immunes a lege congrui alienationes, quae fiunt per actus vltimae voluntatis.*
10. *Quid dicendum de legato, quo iniunctum est onus legatario pretii solven-*

vendi. Quid si testator heredi, vel legatario mandauerit aliquam rem immobilem vendere, locare, vel in emphyteusim concedere designatae personae, praeterea nemini, ibid.

11. *Referunt opinio eorum, qui in suprascriptis casibus praelationem, retractumque vicinis denegant, eorumque rationes diluuntur.*

12. *Adhibetur distinctio in casu rei legatae cum onere pretii soluendi, in quo aliquando ius congrui concedendum, aliquando denegandum.*

13. *Subnectuntur duae exceptiones suprascriptae distinctioni.*

14. *Permutatio est immunis a iure congrui. Quando ea, quae permutatio adparet, venditio dici meretur?* ibid.

15. *Proponitur facti species, quae maximam facit dubitationem; an alienationis actus ad permutationem, vel ad venditionem sit referendus; & hinc, an congruo sit locus. Proponuntur rationes dubitandi ex vtraque parte*, ibid.

16. *Quae pro congruo stare videbatur, potissima ratio exponitur.*

17. *Resolutio pro parte negatiua, eiusque rationes.*

18. *Traduntur regulae pro cognoscendo contractu in mixtura venditionis, & permutationis.*

19. *Permutatio rei immobilis cum re fungibili est loco emtionis venditionis.*

20. *Non ita tamen, si permutetur res immobilis cum re mobili non fungibili; sed obseruandae regulae, traditae* n. 18.

21. *In permutatione rei immobilis cum censu consignatiuo, vel alio redimibili negant nonnulli, esse locum iuri congrui; eorumque rationes referuntur.*

22. *Adfirmatiua opinio iuri magis consona amplectitur; & rationes soluuntur in contrarium adductae.*

23. *Magis eadem opinio confirmatur nouis rationibus.*

24. *Cessat prothomisis in transactione, & in alienatione, quae fit ex laudo; modo non detur pro certa quantitate.*

1. SAt non fuit Imperatori Friderico ea numerare alienationum genera, in quibus congruentes rei alienatae possessores distitis praeponendi essent; sed vlterius eas alienationes quoque recensere voluit, in quibus rerum distractarum vicini nullum ex congruo ius possunt experiri. Quod sane summa legislatoria prudentia factum fuit. Siquidem quum praeuideret, quamplurimas oriri posse controuersias, an ex aliis distractibus, licet in Constitutione non memoratis, exparitatis tamen rationε praelationem non iure peterent vicini; ad difficultates facile enodandas ex comparatione eius alienationis actus, ex quo controuersia proficisceretur, cum iis, qui praelationem dant, cumque illis, qui negant, vtrosque recensere necesse visum fuit; vt, ea collatione posita, dignosceretur ad illos actus potius, vel ad hos magis accedere. Ait hinc: *Ex caussa tamen dotis, vel donationis propter nuptias, vel simplicis donationis, vel donationis caussa mortis, vel ex testamento, permutatione, transactione, & parentes, & extranei omnes possunt alienare.*

2. Primo loco igitur subtraxit a iure congrui rem immobilem, titulo dotis

tis alienatam; siquidem dici nequit, nullum sustinere incommodum alienantem, si pro re immobili in dotem danda, eiusdem pretium marito numeraret; sed potius maximam pati iacturam, dum soluto matrimonio, non ipsam rem immobilem in dotem datam, sed infrugiferam pecuniam accipere deberet; hac de caussa alienationem, dotis titulo factam, iuri congrui addicere Imperatori minime placuit. Et ita quidem ius stat, dum res dotalis inaestimata datur, vel aestimata quidem, sed dumtaxat caussa taxationis, vt nempe tempore restitutionis eiusdem valoris reddatur. Non ita tamen sentiendum, si venditionis caussa dotalis res aestimetur; tunc enim locum fore praelationi fauore vicinorum nobiscum sentit de Afflictis *de iur. prothom.* §. 3. *n.* 7. Et praesertim Tiraquell. *de retract. consang.* §. 1. *gloss.* 14. *n.* 96. qui post perpensas rationes eorum, qui in hoc articulo contra opinantur, ita concludit: *Ego vero hoc in casu*, nempe in datione dotis aestimatae venditionis caussa, *censeo locum esse retractui. Haec enim est, aut venditio facta pro pecunia dotali, aut certe ipsius dotis in re immobili in solutum datio; quae et ipsa habet vim venditionis: & in ea locum habet retractus, vt late diximus supra in hac eadem glossa n.* 2.

3. Quum tamen non minimus sit DD. numerus, qui contrariam fouent opinionem, vt dictum *cap. praeced. n.* 53. nil mirum, si sententiae quoque nostrorum Tribunalium in huiuscemodi articulo inter se pugnantes sint prolatae. Verum quum ius varietur pro ratione circumstantiarum, *L.* 16. §. 1. *D. de poen. L.* 6. §. 6. *C. de his, qui ad eccl. confug.* ex hoc saepe factum est, vt denegata sit vicinis praelatio in alienatione, de qua agimus. Quod sane euenisse credendum est in decisione prolata a M. C. et confirmata a S. C. inter Augustinum de Iuliis, et Paullum Burgettam, relata a Franc. Rummo *in addit. ad* de Afflictis *de iur. prothom.* §. 3. *ad quintum notabile*. Si quidem denegatus fuit retractus ipsi de Iuliis super domo, quam Burgetta in solutum acceperat ex caussa dotis, quia ad aemulationem potius et ad molestiam inferendam, quam ad iustum desiderium explendum, exercere desiderabat. Etenim, quum in noui operis nunciationis iudicio contra Burgettam super eadem domo excitato succubuisset, quasi ad vindictam exercendam, ad iudicium retractus manus admouit: quod sane aequitas non patiebatur.

4. Oppositae sententiae fundamentum repositum est in *L.* 16. *D. de iur. dot.* qua IC. Vlpianus ait: *Quotiens res aestimata in dotem datur, euicta ea, virum ex empto contra vxorem agere, & quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione, soluto matrimonio, ei praestare oportet: quare & si duplum forte ad virum peruenerit, id quoque ad mulierem redigetur; quia non simplex venditio sit, sed dotis caussa.* Quae posttema verba ansam nonnullis DD. praebuerunt subtrahendi a iure congrui rem dotalem, venditionis caussa aestimatam; quia nempe non est venditio simplex, sed caussa dotis. Sed videamus quaeso, quid iis verbis *caussa dotis*

dotis designare voluit IC. Ait quidem Baldus: *poena, quam quis consequitur a me occasione rei mihi restituendae, mihi restitui debet, quoties scilicet poena succedit loco rei;* vt sane fit in duplo, quod euictionis nomine soluitur ex caussa dotis; ideo IC. vt rationem redderet, cur maritus in dotis restitutione id quoque ad mulierem redigere deberet, quod vltra iustum pretium acciperet, ait *ex caussa dotis*, ex ea nempe caussa, quae restitutioni locum facit. Rectius tamen mea sententia dicendum, in vniuersalibus incrementum, vel detrimentum ei deberi, cui & ipsa res vniuersalis debetur, Cuiacius ad Africanum in *L. 23. D. de reb. cred.* Dos est quid vniuersale, *arg. L. 22. §. vlt. D. solut. matr.* duplum, quod euictionis nomine soluitur est incrementum pretii ipsius rei euictae, & hinc cum ipsa re, si vniuersalis, restituenda. Apposite hinc IC. ait, quidquid maritus euictionis nomine fuerit consecutus, ad mulierem tempore restitutionis dotis redigetur, & adfert rationem, *quia non simplex venditio est, sed dotis caussa*, h. e. titulo vniuersali adquisita, & restitutioni obnoxia: quod sane non eueniret, si euicta res fuisset, quae particulari titulo venditionis fuisset distracta.

5. Donationem quoque a praelatione ex congruo subduxit Imperator; quod etsi non dixisset, satis tamen aperte ex rebus in eadem Constitutione antea dictis colligebatur. Scriptum est enim in ea, praelationem desiderantes intra triginta dies a denunciatione soluere debere pretium iustum, vel quantum quiuis emtor sine fraude dederit; in donatione autem nullum est, neque iustum, neque conuentum pretium; deficiente igitur essentiali requisito ad praelationem obtinendam, & ipsam praelationem deficere dicendum est. DD consensu.

6. In ea vero donatione, quae fit sub lege alimentorum a donatario donanti praestandorum, videtur saltem dubitandum; siquidem simplex, & vera donatio non est, sed caussa alimentorum, quae vicem pretii sustinere dici potest. Eiusdemque naturae videtur quoque donatio remuneratoria. Sed in vtroque casu deneganda est vicinis praelatio. Etenim qui donat sub onere alimentorum, eligit personam, fidem, atque industriam donatarii, cui se alendum committit, Tiraquellus *de retr. consang.* §. 25. *n.* 2. Porro dum aliquid aliud negotium cum donatione commiscetur, donationis natura integra manet, vt testatur Vlpianus in *L.* 18. *pr. D. de donat.* quae quidem ratio id efficit quoque, vt a donatione remuneratoria arceatur vicinorum praelatio, & ita nobiscum sentit Rendella *de iur. prothom.* §. *caussa*, *v. donationis*, *n.* 11.

7. Qui actionem retractus ex congruo mere personalem faciunt, non vero scriptam in rem, contra tertium rei alienatae possessorem eam exerceri haud patiuntur. Horum antesignanus est Matth. de Afflictis *oper. cit.* §. 3. verbo *licet enim supra diximus*, *num.* 8. qui opinatus est, cessare ius retractus, si priusquam vicini actionem proponerent, res emta in alium titulo donationis, permutationis, vel alio quocumque a ratione congrui immuni

transferatur. Vnde ortum vulgatum illud Pragmaticorum dictum: *si hodie emo, cras dono, cessat retractus*. Et quum magnae auctoritatis olim fuerit ipse de Afflictis in foro nostro; hinc factum est, quod eius opinioni adhaeserit tunc temporis S. C. vt idem ipse testatur in *decis.* 338. Fatetur tamen ipse de Afflictis mutuasse hanc opinionem a Sebastiano Napodano, qui istud vulgare dictum primum conflavit in Comment. ad Consuet. Neapol. *Si quis emit*, tit. *de iur. congr.* verbo *possidet*. Sed recte quidem Napodanus, qui Consuetudinem exponebat; a qua ad Constitutionem Friderici non semper valet argumentum, quum permultae inter vtramque intercedant differentiae, quas adnotaui in *Instit. iur. Neapol. lib. II. §. CIV.* Inter eas non vltimum locum occupat, quod retractus ex Consuetudine profectus nonnisi contra emtorem, eumdemque possessorem, eiusque vniuersalem successorem detur, non vero contra successorem particularem. En verba Consuetudinis: *possunt vicini iure praedicto petere ab emptore, eodemque possessore, eiusque tantum vniuersali successore.* At in Constitutione Fridericiana haec non leguntur, & ipse Napodanus *l. c.* fatetur, actionem retractus esse ex earum numero, quae in rem scriptae dicuntur, quae nempe exerceri possunt aduersus quemcunque retrahendae rei possessorem; in quem ideo Neapoli denegatur, quia eius Consuetudo nonnisi contra emtorem, & generalem successorem eam promoueri permittit. Merito hinc ab opinione de Afflictis diuortium fecerunt Benedellus *hoc tract. caussa vero dotis*, *n.* 6. Petra *ad decis.* 38. *Capyc. lit. B.* & Maranta *disput.* 9. vbi post perpensas rationes, quae pro vtraque DD. parte adferuntur, vel adferri possunt, tandem hoc modo concludit: in ciuitate Neapolis non habet locum ius congrui contra tertium possessorem: in Regno vero, & contra tertium titulo forsan donationis, vel permutationis possidentem, recte exerceri posse receptum est. Subditque, in praxi citari emtorem ad recipiendum pretium ab eodem solutum, & donatarium ad relaxandam rem donatam. Receptae huic opinioni inter permultos DD. se subscripsit, & de consuetudine testatur de Luca ad *decis.* 289. *de Franchis*, postquam ipse de Franchis agnouit esse actionem in rem scriptam.

8. Quum vero dicitur ex Neapolitana Consuetudine contra tertium, titulo singulari possidentem, ex congruo retractum exerceri non posse, de ea possessione intelligendum est, quae processit ab alienatione per emtorem fide bona facta: nam si ad fraudandum ius vicinorum id effectum fuerit, quis dicere audebit, Consuetudinem dolosum modum probasse, quo aliorum legitimae facultates interuertuntur? Leges pro possessore habent, qui dolo desiit possidere, *L.* 131. *D. de R. I.* & ex capite doli rescindi potest omnis fraudolenta alienatio, *tot. tit. D. quae in fraud. credit.* Generales regulae ad fraudes in hoc articulo dignoscendas proponi nequeunt, sed coniecturis potius ex facti circumstantiis emergentibus vti oportet. Varios quidem casus ad hanc rem proposuit Napo-

podanus, quod & fecerunt ceteri quoque Commentatores ad hanc Consuetudinem, in quibus adesse, vel a quibus fraudem abesse credunt. Mea tamen sententia, quum diuersa sint genera caussarum, cum quibus numerati casus copulari solent, qui prima fronte fraudis vacui adparent, cum ea satis sunt coniuncti, & contra; & hinc semper, vt dictum est, ad coniecturas recurrendum.

9. Quae vltimae voluntatis actibus alienantur, siue institutionis, vel substitutionis, siue legati, fideicommissi, aut mortis caussae titulo, sint testamentis, sint codicillis relicta, a prothomisi sunt immunia. Non ea tamen ratione, quam vulgo tradunt, nempe quod vltimis voluntatibus leges cuique liberam rerum suarum disponendi largiuntur facultatem, *L. 15. C. de testam. L. 1. C. de Sacros. Eccl. & L. 5. D. quemad. test. aper.* Etenim etiam per actus inter viuentes eadem potestas est vnicuique tributa; vnde vulgatum illud: *suae rei quisque iustus est moderator, & arbiter, L. 70. D. de rei vindic. L. 21. C. mand. cum concord.* & tamen quis negabit quibusdam alienationibus inter viuos, de quibus iam dictum, vicinis praelationem concedi? Vera autem disparitatis ratio in eo posita est, quod alienationes, quae fiunt inter viuentes, ex parte accipientis rem alienatam fere omnes sunt onerosae; sunt vero omnes lucratiuae, quae descendunt ab actibus mortis caussa. Quod si aliquando eueniat, aliquod onus huiuscemodi adquisitionibus ex caussa mortis esse iniunctum, non immerito dubitatur, an aeque praelatio ex iure congrui vicinis sit concedenda, vt conceditur ex actibus inter viuos.

10. Quaerunt hinc DD. an legata re immobili, ea tamen lege, vt heredi, vel alii ab ipso testatore designato, soluat legatarius iustum, vel designatum pretium: aut ipse testator heredi praecipiat, vel legatario, vt aliquod hereditatis suae praedium, Ludouico ex. gr. praeterea nemini, vendat, vel in emphyteusim concedat, aut ad longum tempus locet, possint ne vicini in hisce alienationibus praelationem petere? Sunt in hac quaestione, qui vicinorum iura ea ratione tuentur, quod testator id efficere nequit, ne leges, vel statuta, aut consuetudines in suo testamento locum adinueniant, *L. 55. D. de legat. 1.* Et non adinuenirent sane, si quod eius praecepto venditur, a prothomisi subduceretur. Quid enim interest, si ipse testator vendat, aut eius nomine heres, vel legatarius? Quemadmodum igitur, si ipse testator alienaret, vicinos praelatos facere deberet; ita & eius heres, vel legatarius. Porro quum ob rem legatam pretium exigitur, legati nomen haud meretur; est enim legatum, *donatio quaedam a testatore relicta, §. 1. Inst. de legat. L. 36. D. de legat. 2.* Dum pretium acceptae rei soluitur, ex vendito, non ex donato res accipitur, *arg. L. 6. D. de praescr. verb.* Et in alienatione per venditionem facta, vicini sunt praeferendi.

11. Qui cum Bolognino in *L. 1. §. 1. D. de leg. 2.* oppositam conantur sustinere opinionem, non alia ratione propriam fulciunt sententiam, quam li-

bertate testatoris rebus suis quomodolibet disponendi, & heredis pietate eam voluntatem seruandi; quibus addunt necessitatem venditionis, ob quam, vt ipsi credunt, non aeque ac in voluntaria venditione praelatio vicinis est concedenda. Quae rationes ex antea dictis refelluntur satis. Potest quidem suo lubitu testator disponere, dum secundum vel extra legis praeceptum suum conficit elogium, non vero si contra, vel in fraudem legis. Nec alienatio, quae fit ab herede, testatoris praeceptum exequente, dici valet vndequaque necessaria. Est enim necessaria quoad heredem, voluntaria tamen quoad testatorem, qui poterat a praecepto venditionis se abstinere; immo, quod ab herede hoc casu fit, a testatore factum videtur, *arg. L. 67. §. 1. D. de leg. 2.* Hinc sequitur, quod si in testatore est voluntaria venditio, est quoque voluntaria in herede. Quod si necessariam eam venditionem dicere velimus, praelationi quoque eandem subesse demonstrauimus, *cap. praec. n. 36.*

12. Infieiari sane nequit, ea legata, quorum pretium ab ipso legatario soluendum est, non abscisse in venditionem conuerti, sed legatorum quoque naturam aliquando ex parte saltem retinere. Quod quidem euenit, dum ex re legata, etsi pretio compensanda, aliquid emolumenti tamen legatarius sentit. Audiamus quaeso Gaium in *L. 66. D. de legat. 1. Et si* aequo pretio emere, vel vendere iusserit heredem suum testator, *adhuc vtile legatum est. Quid enim, si legatarius, a quo emere fundum heres iussus est, quum ex necessitate eum fundum venderet, nullum inveniret emptorem? vel ex diuerso, quid, si legatarii magni interesset, eum fundum emere, nec aliter heres venditurus esset, quam si testator iussisset?* Sed non ideo quia vtile est legatum, nihil venditionis mixturam in se complecti credendum est; vbi enim est merx, & pretium, ibi venditionem quoque adesse inficiari nequit ob *L. 8. & L. 72. D. de contrah. empt.* In mixtura autem ea pars praeponderat, quae maior est, *L. 6. C. de pact. inter empt. & vendit. arg. L. 10. D. de statu hom.* Hinc si ex liberalitate testatoris maior pars pretii legati remissa adpareat, potius legati, quam venditionis naturam tenere dicendum est; contra vero si maior valoris pars soluatur, minor liberalitate remittitur; tunc enim quia potius venditio censenda, huiuscemodi alienatio protimisi locum facere tenendum.

13. Suprascriptae tamen generali regulae duae subnecti debent exceptiones; quarum prima haec est; nisi peculiaris personae adquirentis ratio ad legandum, vel ad vendendum testatorem impellat; & altera, nisi alienantis testatoris peculiariter intersit alium contrahentem non interuenire, adiunctasque legato, vel venditioni conditiones aeque commode a vicino impleri non posse; veluti si reliquum pretii, etsi minoris partis, remittatur sub conditione remissionis alicuius iuris, vel constitutionis alicuius seruitutis, & similium, quae licet pretio aestimari valeant, tamen, quia testator potius eam remissionem, vel constitutionem, quam pretium desiderabat, iure a praelatione

ne arcebuntur vicini, qui idem illud ius concedere nequeunt. Id tamen semper intelligendum est, remota fraude.

14. De permutatione nulla videtur quaestio exagitanda, quum eam expresse Imperator a praelatione ex congruo subtraxerit, *d. Constit. v. ex caussa tamen dotis, vel donationis etc.* Sunt tamen nonnullae dubitationes, nec leuioris momenti, quae generali regulae quamplurimas obiiciunt exceptiones. Et primum quidem in hoc iuris articulo animaduertendum, non semper permutationem existimandam esse, dum res immobilis pro re immobili datur; siquidem aliquando potius duae venditiones sunt, vel saltem ex duobus negotiis alterum. Etenim in contractibus definiendis non quod externe actum est inspiciendum, sed quod contrahentes facere voluerunt, *L. 219. D. de V. S. L. 6. §. 1. D. de contr. empt. & vendit.* quum actus semper iudicetur a principali agentium intentione, *L. 4. pr. D. de reb. cred.* & ita consensu tenent DD. quos longo catalogo recenset Tiraquellus *de retrac. consangu. §. 30. glos. 1. n. 2. & seqq.* Hac de caussa, si Meuius, ex. gr. rus, & Sempronius domum vendere desiderabat, sed quum neuter eorum emtorem adinueniret, inter se ea permutare, constitutis pretiis, statuerunt. Huiuscemodi adparentes permutationes potius duae sunt venditiones, vel saltem vna venditio est, & altera in solutum datio loco solutionis pretii primae rei venditae, & traditae; quae quidem alienationum genera vicinorum praelationi subesse indubitati iuris censeo. Non ita tamen sentiendum, si vterque permutare desiderabat, & nonnisi ad aequalitatem servandam, pretia vel amice constituerunt, vel ab aestimatoribus illud definire fecerunt; tunc enim vera permutatio dici debet, praelationi minime obnoxia. *d. Constit. l. c.*

15. Quod si alter eorum rem suam vendere, alter vero nonnisi permutare desiderabat, non immerito dubitari tunc contingit, an congruentibus possessoribus, & cui eorum retractus sit concedendus. In cuius sane iuris articuli enodatione aqua diu mihi haesit. Fingamus, Leopoldum vendere velle suum amoenitatis pomatium: Mauritium cum aliquo pomario vineam suam permutare. Quum autem pomatii emtorem non adinueniret Leopoldus, animum suum ad illud commutandum cum Mauritii vinea inclinauit; statutis hinc vtriusque fundi pretiis, quorum quincentum pomario, quatuor centum triginta vineae contigit, solutis Leopoldo septuaginta a Mauritio, ad alienationem deuenerunt. In decennii cursu insurgunt vtriusque praedii alienati congruentes possessores, petentes ex congruo venditum permutatumque, diuersa tamen ratione. Qui enim cum pomario congruunt, a Mauritio illud tettahere posse adserunt, eo quod Leopoldo illud vendere in votis erat, & in venditione praelationem vicinis concedendam esse, nulli dubium. Negat ex opposito Mauritius; siquidem ait, pomatium ei ex congruo auferri non posse, ne vinea quoque priuetur, quam pretio haud concedere volebat, sed dumtaxat

xat cum aliquo pomario permutare; & dici hinc nequit, nullum sustinere incommodum, si pro data vinea pomarii pretium a vicinis acciperet. Qui vero vineae congruunt, eo argumento ad retractum admittendos esse credunt, quia eius possessor Leopoldus pomarium vendere, h. e. eius pretium, non vineam sibi parare desiderabat, eiusque desiderio satisfaciunt retrahentes, dum pro vinea, eius statutum pretium soluunt. Sed Leopoldus, mutata opinione retractum ea ratione vicinis denegat, quod vineam non ex vendito possidet, sed ex permutato, quo sane alienationis titulo vicini a retractu arcentur.

16. Prima fronte in proposita facti specie mihi videbatur dicendum, congruentibus possessoribus pomarii, quod venale habuit Leopoldus, retractum ex congruo non esse denegandum, ne illius coniunctionis beneficio ipsi privarentur, quod in venditionis contractu exerceri a Constitutione permittitur. Nec obstare videbatur, quod excipiebat Mauritius; amisso nempe pomario, vinea quoque eum priuatum iri, quam quidem non vendidisset, sed dumtaxat cum pomario permutare desiderabat. Non obstare dicebam, quod euicto ei a vicinis pomario, iure a Leopoldo vineam petere posset. Sat enim in iure pernotum est, ex duabus rebus permutatis, earum altera euicta, qui euictionem sustinet, non ad duplae stipulationem, vel ad interesse agere debet, vt fit in re vendita, & euicta, sed ad ipsam rem datam repetendam. Ita sane Imper. Gordianus in *L. 1. C. de rer. permut.* in haec verba rescripsit: *Si cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine, licet non taxata quantitate, aliam possessionem dedit: idque quod comparauit, non iniuria iudicis, nec patris tui culpa euictum est; ad exemplum ex empto actionis, non immerito id, quod tua interest, si in patris iura successisti, consequi desideras. At enim si cum venalis possessio non esset, permutatio facta est: idque quod ab aduersario praestitum est, euictum est: quod datum est (si hoc elegeris) cum ratione restitui postulabis.* Mauritius venalem non habuit vineam, sed illam cum pomario permutauit, quo euicto, cum ratione a Leopoldo petit vineae restitutionem.

17. Sed, maturius re perpensa, animaduerti, speciem Imperatori Gordiano propositam, diuersam esse ab ea, de qua heic nos agimus: vnde fit, quod ius in *d. L. 1.* statutum minime vtrique adplicari potest. Dum enim res vendita a vicinis retrahitur, proprie euicta dici nequit; siquidem eius pretium a retrahente soluitur. Porro, vt ad euictionem quis teneatur, oportet rem euictam esse ex caussa contractum praecedente. *L. 34. §. 1. & 2. D. & L. 5. C. de euiction.* Dum vero res euincitur in iudicio retractus ex congruo, non fit euictio ex causa, quae contractum praecessit, sed quae subsequuta est: nempe ex actione retractus, quae nonnisi post contractum, immo post eiusdem consummationem oriri solet. Si igitur ex iudicio retractus nulla oritur euictionis actio, nec illa repetitionis, quae pro re euicta data fuit. Pergens vlte-

terius in veritatis inquisitione post perpensas rationes, quae hinc inde occurrere videntur, in ea firmiter me constitui sententia, neutri vicinorum in proposita specie retractum esse concedendum; ea siquidem potissima ratione, quod homines a statuta semel opinione ob nouos superuenientes eventus recedunt facillime. Leopoldus sane pomarium vendere desiderabat; sed deficiente emtore, ad illud permutandum animum conuertit: praesertim quia eam inuenit permutationem, quae aliquo modo venditionis fini correspondebat, quae nempe, & pretii partem, & frugiferum praedium, nempe vineam pro infrugifero pomario ei suppeditabat. Pretii autem pars minima erat respectu valoris integrae rei permutatae: ob iuris igitur regulam, quae dictat, in permixto emtionis & permutationis contractu, a parte maiori rei datae, vel pretii numerati, emtionem, vel permutationem esse dignoscendam, *L. 6. C. de pact. inter emt. & vend.* dicendum est, contractum inter Mauritium, & Leopoldum celebratum potius permutationem, quam venditionem esse, & hinc a retractu immunem.

18. In definiendo autem contractu, in quo res immobilis cum adiuncta pecunia pro re immobili maioris aestimationis datur; an scilicet pro venditione, vel pro permutatione haberi debeat, sequentes regulae sunt observandae. Primum quidem inquirendum est, quae contrahentium fuerit voluntas; etenim si permutare eis placuit, sed propter inaequalem rei valorem necesse fuit pecuniam refundi, quamvis haec maioris fuerit quantitatis ipsa re, cui fuit adiuncta, non emtio, sed permutatio est, *arg. L. 219. D. de V. S. L. 6. §. 1. D. de contrah. empt. & vendit.* Confer. post alios Berlichius *part. 2. concl. 39. n. 59.* Si vero contrahentium in animo fuerit emere, & vendere, quia tamen emtori tantum non erat nummorum, quantum res aestimabatur aliqua re immobili suppleuit, quod deerat, nulla habita ratione valoris rei immobilis in supplementum pretii datae, ea ratione emtio venditio dicenda erit, quod actus aestimatur a principali agentium intentione, *L. 4. pr. D. de reb. cred.* Wesembecius *cons. 34. n. 39.* Tiraquellus *de retract. consang. §. 30. gloss. 1. n. 2. & seqq.* Tandem si quid agere voluerint contrahentes non appareat; tunc in dubio contractus censendus, & denominandus ex ea mixturae parte, quae in acto negotio praeualet, *L. 10. D. de stat. homin.* vbi hermaphroditus ad eum refertur sexum, qui in eo praeualet. Si ergo plus pretii interuenit, erit emtio venditio; si plus rei datae, erit permutatio, Bartolus in *L. 1. §. 1. D. locat.* Rolandus a Valle *cons. 58. n. 18. volum. 4.* Antonius Gomez *ad L. 70. Tauri cum quinque seqq. num. 15.* Si vero aequa sit rei, & pretii mixtura, in ea dubitatione pro frequentiori contractu, nempe pro emtione & venditione stabit praesumptio; quidquid contra sentiat Carpzovius *par. 2. const. 32. defin. 15. n. 7.*

19. Nullus est dissensus inter DD. venditionem censendam esse permutationem rei immobilis cum frumento, oleo, vino, aliisque rebus fungibilibus,

bus, quae continuo solent pretio comparari, *arg. L. 7. §. 3. D. ad SC. Macedon.* & hinc retractui obnoxiam. Non alia enim de caussa Imperator Fridericus a retractu exemit permutationem, quam ob rei permutatae affectionem, quae quum cesset in re fungibili, vtpote presto esse solet, cum non deficit nummus; hinc huiusmodi permutationem retractui locum facere indubitati iuris est. Confer. And. Tiraquellus *de ret. consang. §. 1. gloss. 14. n. 4. & seq.* Bocerus *in disp. de iur. retr. thes. 43.*

20. Non ita tamen sentiendum, dum res immobilis cum aliqua specie mobili permutatur, veluti fundus cum equo, gemma, statua, vel alia simili re, pretium adfectionis admittente; tunc enim potius in contrahentium voluntatem inquirendum, & adhibendae regulae supra traditae *num. 18.* atque ex natura contractus inde diiudicandum, an retractui locus sit concedendus, vel denegandus.

21. De permutatione rei immobilis cum censu consignatiuo, vel alio quocumque redimibili inter se non conveniunt DD. an vera sit permutatio, vel potius emtio venditio censenda: (de irredimibili vero nulla quaestio, quod permutationem veram constituat) Qui stant pro permutatione, inter quos est Rendella in *Comment. ad Constit. Sancimus*, verbo *ex permutatione*, *n. 40.* censum, quamuis redimibilem, inter immobilia adnumerari opinatur, de Franchis, *decis. 392. n. 6.* & ibi de Luca. Vnde fit, quod quemadmodum dum res immobilis pro immobili datur, est vera permutatio, ita quoque dum pro immobili datur census redimibilis. Porro ipsi aiunt, nomen debitoris efficit tertiam rerum classem diuersam a mobilibus, & immobilibus, *L. 16. C. de solut. & liberat.* Census igitur consignatiuus, quatenus est nomen debitoris, non potest haberi pro pecunia; & hinc dato pro re immobili permutationem, non venditionem efficit. Tandem subdunt, census quotidie emitur, atque pretio comparatur, quod autem pretio adquiritur, merx est, non pretium; quando igitur datur pro alia re immobili pretium non est, & hinc permutationem constituit.

22. Mihi tamen magis arridet Tiraquelli opinio, huiuscemodi contractum, quo res immobilis cum censu redimibili commutatur, venditionem potius esse, quam permutationem; tum quia rationes in contrarium adductae nullius sint ponderis; tum quia, quae stat pro Tiraquello, efficax, & manifesta est. Adnumeratur quidem census, vt ait de Franchis *l. c.* inter immobilia, at hoc satis non est ad constituendam permutationem; aliquando enim & non raro accidit, duas res vere immobiles inter se commutari, & tamen permutationem non efficiunt, dum nempe ambo erant venales, & hinc vna datur vt res, altera vt pretium, quod demonstratum est supra *n. 14.* Ex eo autem, quod nomen debitoris tertium constituat rerum genus, diuersum a mobilibus, & immobilibus, non inde sequitur, quod permutato debitoris nomine cum re immobili, venditionem non constituat. Quaeso, si quis emat rem immobilem

lem, & pro constituto pretio cedat emtori debitoris nomen, quis dicet, nomen illud non stare loco pretii? Quis negabit esse venditionem? Tandem ex eo quod census quotidie emitur, vt merx, non ideo sequitur, quod aliquando pretii officium sustinere nequeat. Comparantur quoque pretio res fungibiles, & tamen si fungibilis res pro re immobili detur, nec ipse Rendella negat, rem fungibilem stare loco pretii, & venditionem hoc modo, non permutationem celebrari.

23. Vera, & potissima ratio, ob quam in permutationis contractu denegatur vicinis praelatio; & hinc retractus, est adfectio super rebus, quae permutantur, & hac de caussa, vt supra dictum est, non cessat praelatio in permutatione rerum immobilium cum rebus fungibilibus, quae adfectionem non admittunt: neque etiam ob eandem rationem in permutatione rerum immobilium ad venditionem destinatarum. Census autem consignatiuus, vel alia de caussa redimibilis pretium adfectionis non admittit, & perpetuò venditioni fauore emtoris, vel eius cessionarii, est expositus. Cur igitur facta huiuscemodi permutatione, pro venditione non reputabitur? His adde vulgare DD. nostrorum dictum: *in Regno Neapolitano emtiones venditiones annui reditus sunt paratae.* Si igitur ad similitudinem rerum fungibilium census quotidie comparari possunt, quemadmodum permutatio rei immobilis, cum re fungibili vicinorum praelationi locum facit; ita quoque idem iuris esse in permutatione cum annuo censu redimibili, satis manifestum esse mihi persuasum habeo.

24. Praelationis iure vti non posse vicinos in alienatione, quae fit ex caussa transactionis, postremo loco censuit Fridericus. Et sane quum praelatio ex congruo non concedatur, nisi vbi certum est rei alienatae pretium, *Cap. V. n. 3.* transactio autem de re tantum dubia constituitur, *L. 1. D. de transact.* & hinc quod pro ea datur, qualitatem eius, pro qua datur, induens, *Arg. L. 3. D. de transact.* incertae quoque habetur aestimationis. Merito igitur a classe alienationum praelationi subiectarum eam explosit Imperator, quae fit ex caussa transactionis. Quumque compromissum in arbitros sit species transactionis; hinc super re immobili ex arbitrorum sententia ab altero litigatorum alteri data, cessare protomisim, iure opinatus est de Afflictis *de iur. prothom. §. licet autem, n. 16. & ibi* Rummus. Modo non detur res immobilis pro certa quantitate ab arbitris designata; tunc enim, quia certum est rei datae pretium, pro emtione habebitur, teste IC. Vlpiano *in L. 3. D. pro emptor.*

CAPVT VIII.

De simulatione detegenda, atque multanda.

1. *Quae remedia proposuit Imp. Fridericus ad detegendas puniendasque fraudes, quae adhibentur aduersus ius congrui?*
2. *Omnis simulatio, atque fraus emendatur, atque punitur ex hac Constitutione.*
3. *In contractibus plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur.*
4. *Quot modis fraus detegi potest?*
5. *Exemplum, quo praesumtionibus fraus detegitur.*
6. *Alterum simile exemplum.*
7. *In simulatione semper inest fraus, at non contra. Duo fraudis sine simulatione exempla.*
8. *Ad detegendas simulationes possunt vicini deferre iuramentum contrahentibus, sed aduersus iusiurandum permissum est probationes facere.*
9. *Detecta fraude per probationes post praestitum iuramentum, incidunt contrahentes in poenam amissionis rei, & pretii Fisci beneficio. Fiscus vendet rem vicino petenti pro pretio, quo emerat periurus.*
10. *Ob praesentissimum periculum periurii non permittunt Magistratus in hoc negotio iusiurandum adhiberi.*
11. *Aduersus instrumentum ad detegendas fraudes, creditur testimoniis, atque praesumtionibus.*
12. *Nulli poenae subiiciuntur simulate contrahentes, si ante iusiurandum simulatio fuerit detecta.*
13. *Fallitur de Afflictis, dum opinatur huiusmodi peierantes, & pecuniaria poena, & manus obtruncatione esse puniendos.*
14. *Prohibuit Imp. alienationes cum personis potentioribus, vt fraudes congrui enitentur.*
15. *Non omnis alienatio in potentiorem prohibita, sed quae fit mala fide.*
16. *Quae personae potentiores dici merentur?*
17. *Refellitur hac in re opinio de Afflictis, qui potentiorum nomine intelligit Magistratus dumtaxat.*
18. *Magis confirmatur demonstratio aduersus praefatam opinionem.*
19. *Quae fraudes adhiberi solent a potentioribus ad tegendos contractus iuri congrui obnoxios?*
20. *Quibus poenis subiiciuntur potentiores in hanc legem peccantes?*

1. AD eliminandas, quoad fieri potest, eas fraudes, quae solent construi, vt priuentur congruentes possessores praelatione, eis a Constitutione *Sancimus* concessa in alienatione rerum immobilium; postquam Imperator numerauit ea alienationum genera, quae a ratione congrui sunt immunia, inde statim eadem Constitutione subdit: *nisi quis vendendo, vel locando ei, qui non habuit ius protimeseos, simulate donauerit, vel legatum dederit. Ideoque illi, qui habent ius protimeseos possunt exigere iuramentum a venditore, & emtore: & post iuramentum, si probatum fuerit, con-*

contra Constitutionem nostram simulate hoc fecisse venditorem, & emtorem, rem & pretium perdent, & Fisco adplicabitur. Fiscus autem vendet rem illam illis, qui habent ius protimeseos. Sed si ante iuramentum probatum fuerit, hoc eos fecisse, venditio erit irrita, & venditor cogetur inuitus vendere illis, qui habent ius protimeseos.

2. Fraudes, atque simulationes, quibus obuiam ire voluit Imperator, in duobus tantum casibus ipse reposuisse videtur, nempe in locatione; aut venditione, quae abscondi solent sub tegumento donationis, vel legati. Sed caue ita ne credas; id dumtaxat ex. gr. ibi scripsit Legislator, quod sane in iure infrequens non est. Omnes hinc DD. in eo conueniunt, quamcumque simulationem, qua vicinorum quocumque modo ius laeditur, ex hac eadem Constitutione remedium, atque emendationem mereri, *arg. L. 4. §. 11. D. de dol. mal. & met. except. L. vlt. C. mand.*

3. Si quis igitur vendens ad fraudandum vicinum, qui iure praelationem in ipsa venditione peteret, accepto ab emtore pretio instrumentum scribat, ex quo, pro venditione donatio adpareat, ea detecta fraude, ius est vicino rem simulate donatam, & reuera venditam, actione retractus ex congruo a possessore auellere; plus enim valet, quod actum, quam quod simulate conceptum est, *tot. tit. Cod. plus. val. quod. agit.* Hinc scimus, quod si maritus vxori, inter quos vetita est donatio, simulet aliquid vendere, quod rei veritate donat, non idcirco venditio habebitur, sed vera donatio, & hinc alienatio nullius momenti. *L. 5. §. 5. D. de donat. inter vir. & vxor.* Idemque dicendum, si, quum quis locare volens, simulauit rei vsum gratis eum in finem conductori concedere, vt vicino praelationem denegare posset; vel quum locaret ad longum tempus, finxit id facere ad tempus breue. Et ita quoque de omni alio contractu, vel contractus circumstantia, per quam ius vicinorum tolleretur, vel minueretur, *arg. L. 5. C. de LL.*

4. Fraus autem, & simulatio, quum sit quid latens, & in animo occulte consistens, euidentibus rationibus difficile in iudicio demonstrari poterunt; sed ad eas detegendas, atque probandas sat erunt indicia, & coniecturae ex circumstantiis factorum deductae, Iac. Menochius *de praesum. lib. 5. praesum. 3. num. 43.* Ioseph Mascardus *de probat. concl. 531.* Quae autem huiuscemodi sint coniecturae, nedum perdifficile, sed fere impossibile est numerare, quum ex diuersorum factorum complexu, vel separatione coniectura pro simulatione, vel surgit, vel euanescit. Nonnullas tamen, & sane frequentiores heic indicabimus; reliquas vero iudicum, aduocatorumque prudentiae ex factorum circumstantiis colligendas relinquimus. *L. 6. §. 3. D. si quis omiss. causs. testam. L. 2. D. de separat.* Conf. de Afflictis *dec. 40.* & Surdus *dec. 23.*

5. Si quis ei, cum quo nullum sanguinis, nec adfinitatis, neque amicitiae, aut accepti beneficii sit ligamen, dicat se donare praedium suum, quis merito non suspicabitur sub ea donatione alium

contractum latitare? Augebitur haec praesumtio, si tantae non sint donantis facultates, vt illud praedium e patrimonio suo sine magno incommodo diuellere non possit. Porro si idem praedium antea venale habuit, vel in ea sit circumstantia, vt non alio modo familiaribus necessitatibus succurrere possit, quam illius eiusdem praedii venditione; quis negabit sub ea donatione venditionem esse absconditam, & non alium in finem, quam ad fraudandum vicinum in iure congrui? Pondus huic coniecturae facile addetur, si demonstrari poterit, non bene inter venditorem & vicinum, cui praelatio esset concedenda, conuenire.

6. Quum nulla inter Caium, & Sempronium sit controuersia, fingunt quamdam litem inter eos oriri posse, quam componunt transactione. Ea autem paciscuntur, Caium dare debere quoddam praedium suum; Sempronium vero designatam pecuniae quantitatem. Si demonstrari poterit, litem esse cerebrinam, fictamque: quantitatem pecuniae a Sempronio promissae, vel iam datae, valori praedii pro transacto dati correspondere, nonne legitima erit coniectura, litem excogitatam fuisse, vt transactioni, quae est immunis a retractu, locus fieret, & eo modo vicinorum praelationis iura eluderentur?

7. In simulatione, quae adhibetur ad fraudandos vicinos iure praelationis, semper inest fraus; sed cum fraude non semper coniuncta est simulatio, simulatione enim aliud agitur, aliud agi demonstratur. Ast aliquando, fit fraus Constitutioni, nulla tamen adhibita simulatione; siquidem nil significatur diuersum ab eo, quod revera agitur. Duo inter alia exempla, quae adferri possunt, proponam; quorum primum sit illud, super quo iudicauit olim S. C. apud Anton. Capycium, *decis.* 48. Vendens quidam fundum suum, & in eo priuare desiderans vicinos debita praelatione, eam inutilem fundi partem prope vicinorum fundos sibi reseruauit, qua iis adhaesionis eis auferret. Vere integrum fundum ille non vendebat, sed eam duntaxat partem, cum qua vicini non congruebant; nulla hinc simulatio. Sed cum nonnisi ad fraudandos vicinos ea inutilis pars a venditione integri fundi seiuncta fuerit, S. C. censuit, fraudem adesse, eamque emendari oportere, atque hinc retractum vicinis non denegauit. Eademque ratione, & fit hoc alterum exemplum, ait laudatus Capycius *ex cons.* 160. Ancherani: si per partes aliqua domus, cui vnicus est ingressus, eo modo vendatur, vt vicini eam nequeant iure congrui integram petere, poterunt ipsi, quamuis haud congruant parti prius venditae, integram ad se retrahere, vt hoc modo adhibita fraus emendetur. Quae opinio probata etiam fuit a Matthaeo de Afflictis *d.* §. 4. *n.* 15. *& seq.*

8. Ad detegendas simulationes, quas vicini suspicantur adhibuisse contrahentes ad ius vicinitatis eludendum, duas aperuit vias Imperator; alteram nempe iurisiurandi, alteram probationis. Permittit primo vicinis adigere contrahentes ad iurandum, se non simulate contraxisse, vere nempe donasse, permu-

mutasse, vel aliud contraxisse negotium, quod a iure congrui est immune. Quod si hoc delato iureiurando illud contrahentes praestare recusent, pro confessis habendi, simulate scilicet contraxisse, *L. 6. §. 4. C. de his, qui ad eccles. conf. tot. tit. X. de purgat. canon.* Si vero iurauerint simulate non egisse, adhuc aliud vicinis superest remedium, nempe simulationis probatio. Nec mirum, si contra iusiurandum probatio admittatur; siquidem quum in legibus dicitur, post praestitum iuramentum non amplius quaeri, an debeatur, sed dumtaxat, an iuratum sit, *L. 5. §. 2. L. 9. §. 1. L. 28. & L. 30. D. de iureiur.* id intelligendum est de iureiurando voluntario, quod vim transactionis complectitur, non de necessario, de eo nempe, quod a lege, vel a Magistratu defertur, aduersus hoc enim probare litigantibus non denegatur, *L. 31. D. eod.*

9. Poterit igitur vicinus contra iusiurandum a contrahentibus praestitum negatam ab ipsis simulationem demonstrare, quam si in iudicio patefecerit, poenam periurii a Constitutione definitam contrahentes sustinebunt; emtor nempe rem, venditor vero pretium amittet, & vtrumque Fisci beneficio cedet. Fiscus autem rem vicino petenti vendet eodem pretio, quo emtori extraneo ab ipso possessore vendita fuerat. *d. Const. v. Fiscus autem*.

10. Quamuis autem ad iusiurandum praestandum, vicinis petentibus, Imperator adigat contrahentes, vt veri contractus natura pandatur, hoc tamen in Foro nostro ob praesentissimum periurii periculum minime a iudicibus permitti solet. Qui enim pro vera venditione donationis instrumentum simulate scripserunt, peierarunt iam, dum instrumentum illud, & omnia in ea scripta iureiurando firmarunt; vt apud nos fieri solet. Facillime hinc denuo iidem contrahentes peierabunt, si a iudice de simulatione interrogati sub iuramenti religione respondere cogerentur. Ad auertendum igitur manifestum periurii periculum, a deferendo huiuscemodi iureiurando se abstinent iudices, relicta vicinis facultate simulationem probationibus demonstrandi.

11. Simulationis huiuscemodi demonstratio, etsi contra publicum instrumentum esset facienda, etiam testibus, immo & coniecturis sustineri posse, extra dubitationem positum est. Adposite ad hanc rem Antonius Perezius *ad tit. C. plus val. quod agit. n. 1.* scripsit: *quod proxime dictum est, instrumentum publicum plenam fidem facere, ita exaudiendum est, nisi adpareat aliud scriptum esse in instrumento, aliud actum inter contrahentes, quia tunc rei gestae veritas omni scripturae praeualet, L. 1. h. t.* Nec illud aduersatur, quod scriptum est *in L. 1. C. de test.* nimirum contra instrumenta testibus munita, testes non esse admittendos; etenim hoc intelligendum est, dum instrumentum de falsitate argui desideratur, non de simplici simulatione in eo contenta. Huiuscemodi autem simulationes, vt recte aduertit laudatus Perezius *l. c. num. 4. in fin. facile prudens deteget ex coniecturis, praesumptionibus, & his, quae contractum praecesserunt, vel clausulis contractui adpositis,*

litis, pactisque insolitis. Quae omnia nonnisi testibus patefieri valent: nec instrumentum alterius instrumenti simulationem manifestans, facile construi solet, vel adinueniri potest. Conf. de Afflictis *l. c. n.* 8. vbi probat, vnum testem de propria scientia, & duos de publica fama satis esse in iure, de quo agimus, ad probandam contractus simulationem.

12. Quaerit ad hanc rem de Afflictis *l. c. n.* 27. *in pr.* an alicui poenae subiiciendi sint contrahentes, qui simulate quidem egerunt, sed priusquam iusiurandum eis deferretur, simulatio manifesta fuit, vnde ad iusiurandum eos adigere vicini necesse non habuerunt? Et postquam adfirmauit, non esse locum poenae, ab ipsa Constitutione comminatae, amissionis nempe rei, & pretii, quae nonnisi periurio correspondet; subdit tamen, eam a simulantibus exigi posse poenam, quod minore iusto pretio, iudicis arbitrio minuendo, res vicino petenti concedatur. Sed quae debeat esse iudicis norma in huiusmodi pretii diminutione, minime definit; nec alicuius legis praescriptum, aut Doctoris auctoritatem allegat, quibus sua opinio firmari videatur. Rectius igitur mea opinione dicendum, quod cum Constitutio in peierantes tantum poenam praescripserit, impunes erunt contrahentes, qui simulatione tantum sine periurio peccarunt. Et sane in ipsa graeca Constitutione Romani Lecapeni secundum latinam Cuiacii versionem haec leguntur: *Sin ante iusiurandum deprehensum fuerit, tale quippiam egisse, & quod actum fuerit erit irritum: & qui praedium alienare improbe semel conatus fuerat, vel inuitus vendere cogetur, quibus praelationis ius dedimus*, siue vt est in nostra Fridericiana: *sed si ante iuramentum probatum fuerit, hoc eos fecisse, venditio erit irrita, & venditor cogetur inuitus vendere illis, qui habent ius protimeseos*. Non alia igitur poena in improbe alienantem erit animaduertendum, quam inuitum eam rem vendere, quibus praelatio in alienatione erat concessa. Pretii autem diminutio est somnium Matt. de Afflictis.

13. Nec adsentior laudato de Afflictis *l. c. n.* 23. scribenti, duplici poena mulctandos contrahentes, qui de simulatione a iudice interrogati, peierarunt, & inde vicini simulationem in iudicio patefecerunt; nempe primo amissione rei venditae, eiusque pretii, a Constitutione Fridericiana indicta, & alia obtruncationis manus, praescripta a Constitutione huius Regni: *Eos, qui scienter*, tit. *de periur.* quae tamen in pecuniariam commutari valet, atque solet. Non adsentior quidem, quum ob idem delictum nemo duplici poena non ex eadem lege, sed ex diuersis promanante sit puniendus; vtraque enim Constitutio periurium punire voluit, sed diuersis poenis; illa nempe pecuniaria, haec vero corporis adflictiva; vel illa igitur, vel hac in periuros animaduertendum.

14. Maximam simulationem in fraudem iuris congrui contextam suspicans Imperator in iis contractibus, qui cum personis potentioribus celebrantur, vt magis ius vicinorum sustentaret, eadem Constitutione vlterius cauit hoc modo: *prohibemus autem potentiores personas ali-*

aliquid accipere praetextu adoptionis, vel donationis simplicis, aut caussa mortis, ex testamento, vel ex vsucapione, aut sub praetextu defensionis, nisi forte parentes fuerint. Potentiores autem dicimus, qui non tantum per se, sed etiam per propinquos possint inferre timorem alienatoribus, aut promissionem beneficii. Quod si aliquis ex potentioribus hoc praesumpserit facere, sit alienus ab illa re, & aestimationem illius rei praestet Fisco.

15. Non abscisse quidem prohibita est institutio, donatio, vel legatum potentiori directum, sed quod in fraudem iuris congrui datum, relictum, vel alio modo concessum censetur. Quae igitur ex bona fide, iustaque caussa procedit alienatio in potentiorem, non improbatur quidem, *arg. L. 9. C. de procurat.* facta tamen, statim surgit praesumtio ad fraudandos vicinos alienatum fuisse. Congruentes hinc possessores ad rem alienatam retrahendam nil aliud probare necesse habent, quam donatarium, legatarium &c. potentiorem esse personam. Huiuscemodi enim potentia ab onere probandi simulationem eos facit immunes, *arg. L. 3. L. 9. L. 12. D. & L. 10. C. de probat. & praesum.* Sed quia est praesumtio iuris tantum, contra se probationem admittit, *arg. L. 51. D. pro soc. L. 14. C. de contrah. stipul.* Et hinc potens persona, si demonstrauerit, nullam adhibitam fuisse simulationem, nullamque fraudem, vicini rem a potentiore adquisitam minime retrahere poterunt, nec poenae ab hac Constitutione comminatae locus erit.

16. Quae autem potentiores personae dici merentur, eruitur a *L. 3. C. de commer. & mercator.* qua Impp. Honorius & Theodosius praeceperunt: *ne nobiliores natalibus, & honorum luce conspicuos, & patrimonio ditiores, perniciosum vrbibus mercimonium exercere prohibemus, vt inter plebeios & negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.* Non alia quidem de caussa praefatis hominibus mercimonium exercere interdictum fuit, nisi ob eorum potentiam, quae in emendo vendendoue vel libertatem auferebant, vel imponebant necessitatem. Confer. Antonius Mornacius *in lib. 4. C. tit. 63.*

17. Noster tamen Matthaeus de Afflictis *de iur. prothomis. §. 5. num. 1.* opinatur, potentiorum nomine non nobiles, nec honore conspicuos, sed dumtaxat qui in officio positi sunt, h. e. Magistratus, qui soli alienatoribus timorem inferre possunt, eorumque propinquos, intelligi debere. Sed quantum ipse hac in re a veritate aberret, sat demonstrat *L. vn. C. de contract. iud.* Ea enim Imperator Iustinianus vrbanis Magistratibus sine Principis venia & immobiles, & mobiles res comparare, vel domus extruere vetuit, atque donationis titulo accipere omnino prohibuit. Magistratibus vero prouincialibus nec etiam ex Principis rescripto quidquam emere, praeter victum quotidianum, concessit; multoque minus donatum accipere permisit. Si igitur tempore Romani Lecapeni, & multo magis Friderici I. denegatum erat Magistratibus nedum donationes accipere, sed & quoscumque contractus celebrare, inutilis quidem censenda erat poenalis Constitutio in potentiores praescri-

scripta, si horum nomine tantum Magistratus designarentur. Rectius igitur Imperatoris mentem interpretantes, dicendum potentiores eos esse, qui sive Magistratum exercentes, siue nobilitate coruscantes, siue superabundantes diuitiis, eorumque propinquos, timorem alienatoribus inferre possunt.

18. Porro ait Fridericus, & ante eum Romanus Lecapenus, potentiores dici, qui non tantum per se, sed etiam per propinquos possunt inferre timorem alienatoribus, aut *promissionem beneficii*. Timorem quidem inferunt Magistratus, sed spem beneficiorum haud praebent; haec enim a nobilibus, vel ditioribus facile sperari queunt. Hinc hisce omnibus Imperatorem interdixisse res immobiles accipere fictis adquisitionis titulis a iure congrui immunibus, tenendum est.

19. Ad tegendas simulationes nedum emtionis contractus caeterosque iuri vicinitatis addictos fictis titulis donationis, vel legati ipsi potentes cooperiebant; sed vt magis fraudem abscondererent, qua immobilia bona adquirere desiderabant, eorum adrogabant possessores, vt eo vniuersali adquaestus modo omnia adrogati bona nanciscerentur, & subsecuta hinc emancipatione, ea retinerent, ob quae simulatio fuerat adhibita. Inductum quoque olim fuit, vt huiuscemodi potentiores homines sub sua tutela, siue defensione debiliores reciperent, ob quam praestandam vel quaedam annua pensio, vel semel aliquid mobile, vel immobile eis tradebatur, tamquam defensionis pretium. Confer. Constit. huius Regni, *cum vniuersis*, tit. *de homin. deman. assid.* qua quidem datione non alius videbatur celebratus contractus, quam innominatus, do vt facias; alienationis quidem genus a iure vicinitatis immune. Qui igitur potentiorum abscondere desiderabat contractum emtionis, accipiebat rem immobilem ficto titulo defensionis; & hoc quidem indicant ea Constitutionis verba: *aut sub praetextu defensionis*.

20. Qui vero potentiorum contra huiusce Constitutionis interdictum rem immobilem accipere audebat, ipsius acceptae rei dominium haud nanciscitur; sed vlterius poenae nomine eiusdem pretium Fisco inferre cogitur, *d. Constit.* verbo, *quod si aliquis*.

CA-

CAPVT IX.

De alienatione vicinis denuncianda.

1. *Ne alienatio vicinis sit occulta, iis denuncianda, vt intra triginta dies praelatione vti valeant.*
2. *Alienatio sine praecedenti denunciatione nulla non est, vt aliquibus visum, sed reuocabilis tantum, idque exemplis demonstratur.*
3. *Subnectitur altera demonstratio ex absurdo, quod sequeretur ex nullitate contractus.*
4. *Denunciatio est necessaria nedum cum iis, qui infra mensem, sed etiam, qui infra quatrimestre praelationem petere debent.*
5. *Adhibenda denunciatio etiam cum eo, qui scit alienationem faciendam, non tamen cum eo, qui in alienatione consentit, & hinc nec cum mediatore contractus.*
6. *An denunciandus sit vicinus, qui tamquam testis interfuit in contractu alienationis?*
7. *Exponitur* L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.
8. *De Afflictis, & Tiraquellus opinantur, testem non consentire in actu, vbi ipse adhibetur.*
9. *Respondetur obiectioni deductae a* L. 34. §. 1. D. de leg. 2.
10. *Proponitur altera obiectio eruta a* L. 39. D. de pign. act. vel contr.
11. *Respondetur, & soluitur praefata obiectio.*
12. *Demonstratur nullius ponderis esse argumenta deducta ex persona tutoris, & procuratoris.*
13. *Denunciatio vicinis quocunque modo adhiberi potest.*
14. *Non adsentiendum iis, qui opinantur, denunciationem debere esse iudicialem; etenim sufficit per testes. Cautius tamen aget, qui per Notarium cum iudice chartulario, & testibus alienationem vicinis denunciabit*, ib.
15. *Denunciatio quamuis alienanti praecepta, tamen ab eo, cui alienatur, recte facta dicetur.*
16. *Quomodo denunciandum est vicinis minoribus, deportatis, in exilium missis, vel absentibus Reipublicae, vel ex propria caussa?*
17. *Minoribus & absentibus recte denunciatis conceditur spatium quatrimestre ad petendam praelationem.*
18. *Pluribus congruentibus possessoribus quo ordine denunciatio facienda?*
19. *Quomodo denunciandi sunt plures cognati vicini in diuerso cognationis gradu positi?*
20. *Denunciatio fieri debet vicinis, perfecto contractu alienationis, & cur?*
21. *Sed ante rei traditionem; etenim post eam nullius momenti est.*
22. *Quid praefatae doctrinae videtur obstare.*
23. *In venditione, cuius pretium, vel mensura reposita est in arbitrio peritorum, quando denunciatio vicinis sit facienda?*
24. *Demonstratur, adhibendam post pretii designationem, reique mensurationem.*
25. *Proponitur species de pacto vendendi pretio a peritis designando, accepta*

pta re a venditore , & soluta certa quantitate ab emtore , & quaeritur , an denunciatio recte fiat post designationem pretii , reique admensurationem ?

26. *Demonstratur, illam rei traditionem, atque pretii numerationem dici non posse factam ex caussa venditionis, sed ex contractu innominato .*

27. *Statuto inde pretio, possessio , quae erat ex innominato contractu transit in eam, quae fit ex venditione .*

28. *An facta alienatione per clausulam constituti , sequuta inde denunciatione ante realem traditionem , dici debeat , denunciationem factam esse ante , vel post alienationem?*

29. *Denunciatio facienda est vicino , qui possidet tempore contractus . Proponitur quaedam facti species , & resoluitur .*

30. *Noua similis species narratur cum sua resolutione .*

31. *An qui ignorat aliquem adesse congruentem possessorem , excusandus , si eum non denunciet ? Proponitur facti species .*

32. *Referuntur rationes pro vicino non denunciato, & iisdem respondetur .*

33. *Nouae rationes pro possessore , qui ob ignorantiam non denunciauit.*

34. *Rationes a nonnullis pro eodem possessore excogitatae , tamquam falsae reiiciuntur.*

35. *Quae potius rationes extranei possessoris iura tueri possunt ?*

36. *Vicini sunt denunciandi , etsi de eorum dominio non constet , sed sat est, si bona fide possideant .*

37. *Ei , qui possidet denunciandum est.*

38. *Alienatio denuncianda emphyteutae , non domino directo , quia non possidet .*

39. *Quando in venditione conditionali incipit currere tempus triginta dierum vicinis praestitutorum ad soluendum pretium pro praelatione ?*

40. *Soluitur obiectio, quae contra nostram opinionem proponi potest .*

41. *Non currit tempus a denunciatione , si oriatur quaestio inter venditorem , & emtorem .*

42. *Iuridica nostra responsio super quadam proposita specie de tempore , infra quod petenda est praelatio , dum res vendita dubitatur , an aliquo vitio sit affecta .*

43. *In Ciuitate Neapolis non est adhibenda denunciatio , cum sufficiat nuda vicini scientia ad retrahendum . Quae cautio adhibenda ad lites in eo articulo euitandas* , ib.

44. *Qui vicini denunciandi non sunt?*

1. Vt vicini praelatione eis concessa fruerentur , nec fraudibus, quae occultos contractus comitare solent , locus fieret , contrahentibus praecepit Imp. ne ad alienationis actum deuenirent , vicinis non denunciatis . En verba Constitutionis : *non ante liceat ei alienare , quam denunciauerit illis , quos vocauimus per ordinem in ius protimeseos* . Inde connumeratis personis , quibus hoc ius concessum est , statim subdit : *sin autem plures sint in iure protimeseos , omnibus denuncietur , vt intra triginta dies , soluendo pretium iustum sine mora , aut quantum quiuis emptor sine fraude dederit , vnusquisque suam portionem accipiat . Verum si intra statutum terminum iustum pretium non*

non soluerit, de caetero non habebit ius protimeseos. Vicini igitur, qui iure praelationis vti desiderant, illud experiri debent infra spatium triginta dierum, ex quo recte de alienatione fuerint denunciati. Est enim hic terminus iuris, vt aduertit Carol. Tapia *ad eamd. Constit. num.* 80. hinc nec prorogari, nec restringi valet; imo currit de momento ad momentum. Ob regulam tamen in foro iam statutam dies termini, h. e. dies denunciationis in ipso legitimo termino triginta dierum non computatur.

2. Quamuis Constitutio praecipiat, alienationem faciendam non esse, priusquam vicini denuncientur, tamen si fiat sine denunciatione, non hinc irrita dici debebit, vt olim opinatus est Maxilla *ad Consuet. Bar. de iur. prothom.* §. *ius prothom. in donat. n.* 34. Licet enim ex regula iuris, eruta ex *L.* 5. *C. de LL. Quidquid contra legem fit, est ipso iure nullum*; tamen haec firma, & constans regula non est, vt patet ex quamplurimis exceptionibus in ipso iuris corpore positis; & praesertim in *L.* 2. *C. de rescind. vendit. in L.* 1, *D. de his; qui not. infam.* & *in L.* 1. *C. de secund. nupt.* Actus namque a lege vetitus non semper nullus dici debet; quum aliquando lex aduersus illum permittat rescissionem; aliquando contenta est poena ab eadem statuta. Vetat *L.* 1. *C. de secund. nupt.* mulieribus infra annum luctus ad secunda vota conuolare; contra tamen si fecerint, secundae nuptiae nullae non erunt, sed lex adquiescit poenae infamiae in huiuscemodi mulieres statutae. Praecepit Praetor patribus familias emancipatos filios heredes instituere; sed ni fecerint, testamentum nullum non est, sed rescinditur, petentibus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas. Vetuit *L.* 1. *pr.* & *L.* 9. *D. quae in fraud. credit.* ne bona in creditorum fraudem alienentur; fraudolenta tamen alienatio irrita dici nequit, sed Pauliana actione, instantibus creditoribus, rescindetur.

3. Animaduersione vlterius in hoc articulo dignum est, quod consensu tenent DD. freti auctoritate *L.* 4. §. *sed & Marcellus D. de in diem addict.* nempe *quod rei dominium in aere stare, minime potest*. Si nulla esset rei immobilis alienatio, facta non denunciatis vicinis; quaeso eius dominium penes quem resideret? Non quidem apud venditorem, qui pretio accepto, dominium a se abdicauit, nec illud amplius retinere valet, *tot. tit. D. de except. rei vend. & trad.* Non penes vicinos, qui priusquam praelationis exercendae animum ostenderent; statutumque pretium persoluerent, nullum dominium in re aliena adquirere valent. Est igitur apud emtorem; quod sane non eueniret, si alienationis actus, eo quod contra legem susceptus, nullus dici deberet. Plura de hac re scripsi pro PP. Carmelitis Ciuitatis Martinae in caussa retractus contra eosdem mota a D. Iosepho Rogerio.

4. Huiuscemodi vicini denunciationem adeo necessariam credunt DD. vt eam formam actus adpellent. Quum vero non liceat in contractibus celebrandis ab ea discedere forma, quam lex constituit, *L.* 24. *D. ad municip. cap.* 22. *X. de rescript.* deduxerunt hinc pri-

 va-

vatam vicinorum scientiam alienationis faciendae, vel iam factae, haud sufficere, vt ad tempus triginta dierum coarctetur petitio praelationis ab ipsis adhibenda, sed abscisse denunciationem requiri. Matth. de Afflictis *de iur.proth.* §. 2. *n.* 13. *&* 14. Quidquid contra sentiat Baldus relatus ab eodem Matth. de Afflictis *loc. cit.* qui licet fateatur necessario denunciationem adhibendam cum vicino, qui infra triginta dies praelationem exercere tenetur; negat tamen eiusdem denunciandi necessitatem cum iis, qui vsque ad quatrimestre ius suum exercere valent, quibus sola scientia sufficere opinatur. Etenim quum generaliter in principio Constitutionis dixerit Imperator: *non ante liceat ei alienare, quam denunciauerit*, huiuscemodi praeceptum omnibus, qui alienare desiderant, datum est, siue vicini sint praesentes, siue absentes, siue maiores, siue minores, & minoribus, atque absentibus quadruplicatum est spatium petendi ob aetatem, & absentiam, *tot. tit. D. de min. vig. quinq. ann. L.* 12. §. 4. *C. de reb. cred. L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. in quib. cauß. mai. vig. quinq. ann.* Conf. Maranta *de multipl. alien. prohib.* §. *quod secundum terminum*, & Rendella *ad h. Const.* §. *in primis num.*15.

5. Sunt tamen, qui opinantur, distinguendum esse inter nudam contractus scientiam, & consensum in ipso contractu; & illam quidem haud officere vicino non denunciato, quominus ius suum per decennium experiri valeat, hunc vero ipsius vicini omne ius destruere, statim ac alienationi consensit, *arg. L.* 8. §. 6. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* vbi IC. Marcianus scripsit: *Si voluntate creditoris fundus* (hypothecae addictus) *alienatus est, inuerecunde applicari sibi eum creditor desiderat.* Dum igitur voluntate vicini praedium alienatum est, inverecunde postea illud sibi ex congruo dari desiderat. Ex quo recte colligitur, mediatorem contractus ad praelationem retractumue minime admittendum. Quis enim magis consentit alienationi, quam qui est eius mediator, atque contrahentium conciliator? Porro mediator contractus alienum, non proprium negotium gerere demonstrat; si vero post perfectum contractum, tamquam vicinus praelationem petat, vel retractum experiatur, proprium tractasse negotium demonstrat; quod sane manifesta doli confessio est; & hinc merito doli exceptione repellendus, *L.* 2. *D. de dol. mal. & met. except.* iunct. *L.* 1. §. 1. *D. de dol. mal.* Conf. Ant. Merenda *Contr. lib.* 22. *cap.* 45. *n.* 9.

6. Non minimam in hoc iuris articulo facit dubitationem vicinus ille, qui tamquam testis in venditionis instrumento subscripsit, vel aures contractui sine scripto celebrato adcommodauit. Oritur dubitatio ex ipsa *L.* 8. §. 15. *D. quib. mod. pig. vel hypoth. solu.* ibi enim legitur: *Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo, debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat vbique pignus sibi durare. Sed si subscripserit forte in tabulis emptionis, consensisse videtur, nisi manifeste appareat, deceptum esse. Quod obseruari oportet, & si sine scriptis consenserit.* Ex nuda igitur scientia alienationis praedii congruentis vicini con-

sen-

sensus argui non potest, eo quod & facta alienatione ius suum semper integrum est in actione retractus. Si vero consenserit alienationi, inuerecunde, vt dictum est, ius suum semel remissum experiri desiderat. Qui subscripsit tabulis emtionis; ait IC. *consensisse videtur*. Qui consentit, ius suum remittit; remisisse igitur dicendum, qui tamquam testis contractui interfuit, siue scripto, siue sine scriptura celebrato.

7. Recte autem aduertit Antonius Merenda *l. c. n. 6.* verbum illud *videtur*, a ICto adhibitum, non continere notam improprietatis, vt saepe ad incertitudinem, aut dubitationem exprimendam in libris iuris adhiberi solet; sed certam, & indubiam IC. sententiam patefacere. Quum enim primo de expresso creditorum consensu in alienatione fundi hypothecati dixisset *in §. 6. d. L. 8.* transit hinc ad consensum tacitum, quaerens, vnde illud argui potest, & negat eruendum ex nuda creditoris scientia; quod exprimit illis verbis: *Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo, debitor rem vendiderit*; adfirmat vero erui posse ex eo, quod creditor subscripsit se testem in tabulis emtionis, vel si sine scriptis, auribus contractui interfuit. Vnde quemadmodum in prima specie, in qua negat adesse consensum, ait: *non videtur consensisse*, ita & in specie opposita, in qua consensum interuenisse opinatur, ait: *consensisse videtur*. In vtroque enim casu agebatur de consensu tacito, eruendo nempe ex quibusdam factis, & ideo adhibendum semper erat verbum *videtur*.

8. Oppositam tamen opinionem tuetur noster Matth. de Afflictis *op. cit. §. 2 n. 13.* quem sequitur And. Tiraquellus *de retr. consangu. §. 1. gloss. 9. n. 140.* credentes eam sustentari posse nedum a *L. 34. §. 2. D. de legat. 2.* sed etiam a *L. 39. D. de pigner. act. vel cont.* In illa IC. Celso haec species proposita fuit: Lucia Titia, intestata moriens, filiis suis per fideicommissum alieno seruo domum reliquit. Diuidentibus inde filiis maternam hereditatem, domum quoque diuiserunt, praesente quasi teste domino serui fideicommissarii. Quaesitum hinc fuit an quia dominus tamquam testis interfuit diuisioni domus, censeretur amisisse ius fideicommissi, sibi per seruum quaesiti? Et respondit ex sententia Modestini: fideicommissum ipso iure amissum non esse; quod ne repudiari quidem potest; sed nec per doli exceptionem submoueri, nisi euidenter apparuerit omittendi fideicommissi caussa hoc eum fecisse.

9. In ea autem lege non dicitur dominus serui fideicommissarii testis adfuisse, sed quasi testis. Aliud enim est praesentem esse actui alienationis, eiusque scientiam adquirere, aliud tamquam testis in eodem actu adhiberi; nam qui alicui negotio praesens adinuenitur, potest quidem de eo testimonium dicere; at non omnes, qui intersunt, tamquam testes adhibentur. Qui tantum sunt praesentes, adquirunt facti scientiam, sed ex ea consensus in ipso actu non arguitur; qui vero ad id inuitantur, vt testium officium suscipiant, nedum scientiam adquirunt, sed & in ipso actu consentiunt, vt ait IC. in *d. L. 8. §. 15.* Celsus hinc ad indican-

candum, dominum serui fideicommissarii dumtaxat praesentem fuisse, non vero vt testem interuenisse in diuisione domus, fideicommisso relictae, ait: *quasi testis*. Quam sane mitigatiuam particulam *quasi* non adhibuisset, si proprie vt testis diuisioni interfuisset.

10. Nec maioris ponderis est alterum argumentum, ductum a *L. 39. D. de pign. act. vel contr.* in qua IC. Modestinus hanc proposuit speciem: Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit; postea inter eos pactum est, vt creditor pignus in compensationem pecuniae creditae certo tempore possideret. Verum ante expletum tempus creditor in testamento inter alios testes a debitore signato cauit, vt alter ex filiis suis eum fundum haberet, & addidit: *quem de Gaio Seio emi*. Quaerit inde, an ex hoc, quod Gaius signauit testamentum, aliquod praeiudicium sibi fecerit; quum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed illud solum instrumentum pacti, vt creditor certi temporis fundi fructus caperet? & auctoritate Herennii Modestini respondit: contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur. Ex hac autem ICti sententia illud deducunt de Afflictis, & Tiraquellus, quod testes in aliquo instrumento, vel testamento adhibiti, actui non consentiunt, nec sibi praeiudicant.

11. Sed quis non videt, quantum interpretes praefati in intelligentia sensus huiusce legis coecutierunt? Testes enim *signantes* testamentum sunt, qui adhibentur in testamento scripto, & hinc ignorantes, quam legem testator rebus suis dixit. Nemo autem consentire videtur in eo, quod ignorat; *L. 5. pr. D. de O. & A. arg. L. 10. C. de donat.* Hac de caussa IC. adhibuit verbum *signare*, quod proprium scripti, seu clausi testamenti est; non vero ait testem adfuisse. Quod si hanc speciem proposuisset de testamento nuncupatiuo, contrarium quidem respondisset, nempe ex eo quod testis interfuit, & hinc consensit in testatoris assertione, testamentum illud contractui pignoris obfuturum.

12. Multoque minus valent argumenta, ducta ex persona tutoris, vel curatoris, qui dum pupillorum, vel minorum negotia gerunt, propriis minime praeiudicium adferunt. Sic scimus, quod si aduersus testamentum paternum, in quo tutori scriptum est legatum, inofficiosi querelam pro exheredato pupillo ipse tutor proponat, ei legatum petere ex eodem testamento, quod impugnauit, non denegatur, §. 5. *I. de inoff. testam.* Sed quisnam ignorat, tutorem querelam proponentem non ex voluntate, sed ex necessitate officii id facere? Duas sane personas in eodem negotio testamentario tutor repraesentat, propriam nempe & alienam, scilicet cum adiuncta qualitate tutelae. Qui vero tamquam testis in aliquo negotio adhibetur non necessario id agit, sed ex mera voluntate; nec diuersa est persona sub propria, ac sub qualitate testis. Vnde non ita sentiendum de Notario & iudice chartulario, seu ad contractus; ipsi enim non ex voluntate, sed ex necessitate publici officii instrumentum conscribunt ven-

venditionis illius praedii, super quo praelatio eis ex congruo est concedenda. Diuersam hinc personam repraesentant nempe publicam, dum stipulantur, & priuatam, dum praeferri in alienatione desiderant. Quam differentiam animaduersione dignam non agnouerunt laudati de Afflictis, & Tiraquellus *ll. cc.*

13. Quum nullam praescripserit denunciationis formam ipsa Constitutio, sed generatim dixerit: *non ante liceat ei alienare, quam denunciauerit illis, quos vocamus per ordinem in ius protimeseos*; recte hinc censuerunt ferè omnes huiusce Constitutionis interpretes, eam legitime adhibitam tam iudiciali, quam extraiudiciali actu, siue per publicam personam, scilicet Notarium, siue per priuatam, vt est amicus, vel quicumque alius. Etenim Vlpianus explicans verbum *denunciare* in *L. 17. D. ad L. Iul. de adult.* loquens de marito adulterum denunciante, ait: *denunciasse, qualiter accipiamus? vtrum ad iudicem, an vero simpliciter? ego, etsi non denunciauit ad iudicem, sufficere credo.* Qua de re non adsentiendum iis, qui opinantur, extraiudicialem denunciationem haud sufficere, moti illis verbis Constitutioni inter alia additis a Matth. de Afflictis, & Car. Tapia: *ita tamen si fuerint a venditoribus sollemniter requisiti.*

14. Non adsentiendum quidem, tum quia praedictae additiones in Foro non seruantur aduersus ea, quae in Constitutione clare scripta sunt, tum quia adiectiuum *sollemne* non idem sonat, ac iudiciale; etenim etiam sollemne dicimus testamentum, quamuis nullam iudicii partem in se complectatur. Ac tandem quia nostra inferiora, & suprema Tribunalia ad excludendos vicinos denunciatos a iure retractus semper satis esse extraiudicialem denunciationem censuerunt. Fateor quidem multoties M. C. V. atque S. C. retractum concessisse iis vicinis, quos ab alienante denunciatos fuisse, testes profitebantur. Id tamen non ex eo factum est, quod huiuscemodi Tribunalia in ea sint sententia, iudicialem, vel aliam quamcumque sollemnem requiri denunciationem, sed dumtaxat, quod de fide testium dubitarunt, vt saepe in foro nostro eorum fides in dubium reuocari solet. Verum, si eiuscemodi sint testes, quibus nulla exceptio obiici potest, apud eos factam denunciationem, Constitutionis praecepto satisfecisse indubitati iuris censeo. Confer. Napodanus *ad Consuet. Si quis emit, ver. petenti, n. 50. tit. de iur. congr.* Rendella ad *hanc Constit. §. 2. v. vocentur n. 2.* vbi allegat Baldum, testaturque de communi DD. sententia. Consultius tamen agent, qui, ad omnem remouendam fraudis suspicionem, ac testium falsitatem, a Notario cum iudice chartulario ac testibus vicinos requirere, atque eius requisitionis publicum facient conscribere actum, vt eius denunciationis perpetua seruetur memoria.

15. Quamuis autem denunciandorum vicinorum praeceptum datum sit ei, qui alienare desiderat, veluti venditori; id tamen, si ab emtore fiat, eumdem effectum sortiri, consensu tenent DD. si Borrellum excipias, qui *cons. 55. in princ.* ea ratione a communi calculo diuortium fecit, quod emto-

emtoris denunciationem praeposteram credidit, factam nempe post alienationis actum, & hinc contra formam Constitutionis, quae denunciationem alienationi praecedere iubet: *non ante liceat ei alienare quam denunciaverit etc.* Sed allucinatus est Borrellus, quia credidit, perfectionem venditionis alienationem comitari; quum scire debuisset post peractam venditionem, nisi rei venditae traditio sequatur, rem alienatam fuisse dici non posse. *L. 67. D. de V. S.* Tiraquellus *op. cit. §. 1. glos. 2. n. 42.* Quum vero magis emtori, quam venditori intersit retractui locum auferre, & securum reddi a molestia, quam infra decennium inferre possunt congruentes rei venditae possessores non denunciati, quid mirum, si DD. tam ab emtore, quam a venditore denunciationem fieri posse censuerunt? *arg. L. 13. C. de resc. vend.* Tiraquellus *op. cit. §. 36. glos. 2. n. 18. & seqq.* Immo nedum emtori, sed alii cuicunque, modo eius intersit, permittunt DD. denunciare, vt vicinorum ius ad triginta dies coarctetur, *arg. d. L. 13.* Tiraquellus *l. c.*

16. Denunciatio facienda est congruentibus possessoribus, qui si, vbi sint, ignorentur, vel latitent, sat est generali eorum procuratori, vel ad eius domum, Tiraquellus *op. cit. §. 9. glos. 2. num. 1.* denunciationem insinuare, aut publico proponere edicto. Ipsis vero absentibus, ait Constitutio: *nisi quis eorum erat in captivitate, vel deportatus, vel in exilium missus, vel absens Reipublicae causa, aut ex propria sua causa, vel minor viginti quinque annis. Et licet isti fuerint absentes ex iusta causa, tamen tutores eorum, vel curatores, vel procuratores, vel defensores intra quatuor menses debent venire & soluere iustum pretium cum legitimis vsuris & expensis necessariis, & accipere ius protimeseos, & extraneos emptores omnino expellere. Et si neglexerint hoc facere, sarcient de propriis suis quidquid incommodi habuerint.*

17. Spatium igitur triginta dierum maioribus & praesentibus ad deliberandum, atque ius suum exercendum concessum, ad quatuor menses fauore minorum vel absentium productum est; eoque tempore elapso, securi sunt possessores a retractus iudicio; quum nec etiam beneficio restitutionis in integrum restaurari valet, sed omne damnum ex praelationis petitione omissa ab eorum tutoribus, curatoribus, procuratoribus, vel defensoribus est farciendum, vt nobiscum in hoc articulo sentiunt de Afflictis *de iur. prothom. §. 2. nu. 31. v. sed iuxta praedicta*, & Rendella *ad d. Const. §. 2. v. infra quatuor menses n. 3.* Si vero nemo sit, qui absentium partes gerat, nec in loco rei distrahendae sit eorum domicilium, ex sententia Baldi per edictum sat esse citari eos. Conf. Rendella *l. c. num. 6.* Quod si pupillo vel minori non sit tutor vel curator, cui denunciari possit, vicino venditore, vel emtore extraneo petente, dabitur a iudice curator; quemadmodum dari licebit absentium bonis eundem in finem; vt sit, cui denuncietur. De Afflictis *decis. 262. & ibi* Vrsillus, & Rendella *l. c. n. 13.*

18. Si plures alienandae rei sint congruentes possessores, omnibus denunciandum

ciandum, attamen non eodem tempore, sed ordine, quo ad praelationem ab Imperatore inuitantur. *In primis*, ipse ait, *vocentur parentes*, *qui sunt coniuncti*, *post hos socii &c.* Fingamus igitur inter vicinos adesse parentem, socium, & extraneum, seu nullo alio iure, quam vicinitatis ligamine venditori coniunctum; omnibus quidem alienatio denuncianda, sed primum consanguineo; nec ad denunciandum socium transitus fieri potest, nisi postquam consanguineus vel expresse iuri suo renunciauit, vel tacite per lapsum nempe triginta dierum ab ipsa Constitutione concessorum, *arg. L.* 1. §.6. *D. de success. edict.* Postea socius denunciandus erit, & expectanda quoque eius expressa vel tacita renunciatio, vt deueniatur ad eum, qui tertio loco vocatus est. Rendella *l. c. v. parentes*, *n.* 17. *& seqq.* De huiuscemodi autem ordine confer. quae scripsimus *Cap. III. n.* 36.

19. Quemadmodum expectanda est expressa vel tacita renunciatio eorum, qui positi sunt in prima, vel vlteriori classe, vt ad sequentem denuncietur; ita quoque eadem remissio attendenda in quolibet gradu primae classis, si plures *parentes* diuersi gradus eidem alienandae rei congruant, *arg. L.* 1. §. 8. *& seqq. D. de success. edict.* quidquid contra hanc nostram opinionem sentiant nonnulli apud Rendellam *l. c. n.* 17. *& seqq.* Siquidem nulla reddi potest disparitatis ratio, cur inter classes, non vero inter classis gradus legitimi temporis cursus sit expectandus; immo quae classibus quadrant, & gradibus conueniunt. Non alia etenim de caussa triginta dierum spatium concessum est vicinis ad numerandum pretium, quam vt ad illud parandum, commoda concedatur dilatio. Ast ne inutiliter, vel cum vsurarum iactura alter vicinorum, qui est in posteriore classe, pecunia ad emendum instruatur, dum est alter, qui ei est praeferendus, aduersus posteriorem vicinum dilatio haud currere incipit, nisi cum prior iuri suo renunciauit. Quae quidem ratio, quum sit eadem in iis, qui, sub eadem classe positi, diuersum tamen in ea tenent gradum, ita vt alter post alterum ad praelationem sit admittendus, vnicuique gradui propriam triginta dierum dilationem concedi, omnibus iustum videri debet.

20. Denunciationem vicinis faciendam praecedere debere alienationis actum, extra dubitationem positum est; ait enim Imperator: *non ante liceat ei alienare, quam denunciauerit illis &c.* Oportet tamen, contractum esse perfectum, vt adpareat, quid veniat, quid locetur, vel in emphyteusim concedatur, cui, sub quo pretio, quibusque pactis. Etenim vicini scire debent omnes qualitates contractus, ad quem inuitantur: adeo vt hisce qualitatibus haud notificatis, tempus triginta dierum, a Constitutione eis adsignatorum, minime incipit currere, de Afflictis *Op. cit.* §. 2. *num.* 3. *arg. L.* 3. *C. de iur. emphyt.* Quum vero dicimus omnes contractus qualitates, hae sunt intelligendae, quae ad eiusdem substantiam pertinent, vel quae facillime vicinos ad emtionem allicere, vel ab ea auertere solent.

21. Ad traditionem vero rei alienandae post contractus perfectionem, ne

S fiat

fiat transitus oportet; priusquam vicini de alienatione facienda denuncientur. Alienatio enim nonnisi per traditionem fit, *L. 64. D. de V. S.* hinc ea sequuta, nullius est momenti denunciatio ad obstringendos vicinos, vt intra triginta dies soluant pretium a contrahentibus statutum; sed eis statim, facta alienatione, ius dicitur quaesitum retrahendi infra decennium rem alienatam; quod sane tempus intempestiua, siue praepostera denunciatione coërceri nequit.

22. Allatae doctrinae videntur ea Constitutionis verba obstare: *vt intra triginta dies soluendo iustum pretium sine mora, vel quantum quiuis emtor sine fraude dederit*; & alia, quae inferius sequuntur: *& licet isti fuerint absentes ex iusta causa, tamen tutores eorum, vel curatores, vel procuratores, vel defensores intra quatuor menses debent venire, & soluere iustum pretium cum legitimis vsuris, & expensis necessariis*. Si igitur vicinus soluere debet, quantum extraneus emtor sine fraude dedit, & tutores soluere pretium cum legitimis vsuris, oportet dicere, contractum fuisse absolutum pretii solutione, quae fieri non solet sine rei venditae traditione. Tu tamen responsum cape. Facta vicinis denunciatione ante traditionem, nihil obstat, quominus venditor rem inde tradat, & emtor, soluto pretio, eandem accipiat, atque hoc modo alienatio sequatur: tunc enim denunciationem alienationi praemissam fuisse verum erit. Vicini praesentes vero si iure praelationis vti volent, infra triginta dies, vel absentium procuratores infra quatuor menses solutum pretium offerent cum vsuris, & rem venditam ab extraneo emtore accipient: *& extraneos emptores omnino expellere*, d. Const. Eo tempore hinc transacto, in pacifica obtenta possessione emtor perseverabit.

23. In ea autem venditione, cuius pretium in designatorum peritorum arbitrio repositum est, vel cuius dimensio expectatur, dubium videtur suboriri, an denunciatio fieri possit ante pretii constitutionem, reique venditae dimensionem? Et sane huiuscemodi venditionem conditionalem esse, inficiatur nemo ob *L. fin. C. de contrah. empt.* cuius sane conditio non impletur, nisi post pretii definitionem, reique venditae dimensionem. In eo autem consentiunt DD. in venditione conditionali nonnisi post impletam conditionem denunciationem faciendam esse ea potissimum ratione, quod vicinis nedum contractus denunciandus est, sed emtoris persona indicanda, atque rei venditae pretium designandum. Conf. *DD.* allegati a Christoph. Ricuccio *in prax. civil. exec. cap. 27. n. 24.* Quod sane pretium minime designari potest ante peritorum detectum arbitrium, atque expletam rei venditae dimensionem.

24. Ex eo autem, quod Imperator statuerit, a vicino denunciato soluendum esse iustum pretium, vel quantum quiuis emtor sine fraude dederit; iustum autem illud pretium dicatur, quod ab aestimatoribus boni viri arbitrio designatur; *L. 50. D. de furt.* & ibi Gothofredus, iuncta *L. 15. §. 1. D. de iudic.* videretur dicendum, ante pretii designationem ab aestimatoribus faciendam, denunciationem fieri posse. Verum quum

vtrum-

vtrumque pretium, legitimum nempe, & conuentionale, non alia de caussa designauerit Imperator, quam ad indicandum nullum incommodum alienanti inferendum a vicino praelationem desideranti, praesertim in pretio, quod vltra iustum ab extraneo offertur: rectius opinabimur, nonnisi post statutum ab aestimatoribus pretium, idque vicinis denunciatum, tempus triginta dierum cursum incipere. Immo si vicinus adquiescat denunciationi de venditione cum pretio ab aestimatoribus determinando; modo expresse non renunciet praelationi; oportet inde statutum pretium ei patefiat, vt intra triginta dies ab eius scientia illud solvere possit.

25. Non minorem dubitationem facit sequens species, quae mihi proposita fuit, vt de iure responderem. Pactus est Lucius vendere Proculo fundum pretio a peritis designando. Dat Proculus Lucio mille pro parte designandi pretii, & ab eo fundi traditionem accipit. Post aliquot dies aestimatus fuit a peritis fundus mille octingentum, & venditor designatum pretium denunciat emtori Proculo. Hic vero post sex dies a scientia pretii constituti denunciat emtionem Seio congruentis praedii possessori. Seius tamen non vtitur praelatione infra triginta dies a denunciatione; sed, biennio exacto, petit fundum iure retractus ea ratione, quod denunciatio facta fuerat post rei traditionem; & hinc ius ei quaesitum erat petendi praedii infra decennium; quod sane ius praepostera denunciatione auferri minime poterat. Dubitatum hinc fuit, num iure fundum a Proculo Seius vicinus peteret?

26. Respondi: si traditio fundi, facta ante pretii constitutionem, dici posset venditionis effectus; nonnisi post consummatum contractum denunciationem euenisse fatendum esset. Sed quum traditio rei vendendae, quae fit ante constitutum pretium, quod est ex substantialibus contractus, non ex vendito, sed ex altera caussa factam fuisse dicendum est. At quaenam? Sane ex caussa contractus innominati, nempe do mille, vt vendas praedium; trado praedium, vt des pretium a peritis statuendum. Nec obstat, quod etsi pretium non esset designatum, quia tamen arbitrio peritorum repositum erat, certum dici debebat, vt est illud collatum in arbitrium boni viri, *arg. L. 7. pr. & §. vlt. D. de contrah. empt.* praesertim si aestimatores fuissent a contrahentibus designati, *L. vlt. C. de contrah. empt.* Non obstat inquam; etenim huiuscemodi venditio pura non est, sed conditionalis; si nempe aestimatores pretium definierint. Vnde Iustinianus *in d. L. vlt.* scripsit: *sub hac conditione stare venditionem, vt, si quidem ipse, qui nominandus est, pretium definierit.* Conditionalis vero contractus nullus est vsque ad conditionis implementum, *arg. L. 5. C. de peric. & comm. rei vendit.* Porro a definitione aestimatorum, permissum est contrahentibus petere reductionem ad arbitrium boni viri, *arg. L. 76. cum seqq. D. pro soc. & DD. ad d. L. vlt. C.* Pretium igitur incertum est; vbi incertum pretium nulla venditio, *arg. L. 35. §. 1. D. L. 15. & L. vlt. C. de contrah. empt.* & hinc rei traditionem ante

te definitum pretium factam, ex alia caussa, quam ex vendito processisse fatendum.

27. Statuto tamen inde pretio, quae ex caussa innominati contractus erat praedii possessio, transit in caussam emtionis, mutato scilicet possidendi titulo, §. 44. *Inst. de adquir. rer. dom.* Denunciatio tamen, quae post definitum pretium adhibetur, non dicitur facta post consummatum contractum; etenim quum a statuto pretio alter contrahentium adpellare valeat, arbitriumque boni viri expetere, *arg. L.* 76. *D. pro soc.* eaque adpellatio tanquam a grauamine extraiudiciali, *L.* 4. *C. de appell. Cap.* 5. *X. & cap.* 8. *in* 6. *eod.* infra decem dies proponi valeat, *Nouell.* 23. *cap.* 1. si infra id tempus vicinis denunciatum fuerit (modo expresse in determinato ab aestimatoribus pretio non consenserint contrahentes) ante alienationem denunciationem euenisse tenendum.

28. Quum denunciatio praecedere debeat rei alienandae traditionem, non immerito quaesitum est, an facta alienatione per clausulam constituti, & precarii, & inde subsequuta denunciatione, atque tandem reali rei venditae traditione, dici debeat, denunciatum fuisse ante vel post sequutam alienationem. Et sane per constitutum fictione iuris possessionem transferri nulli dubium ob *L.* 18. *D. de adquir. possess.* Quum tamen ea non sit vera, sed ficta possessionis translatio, nonnulli aequitate ducti censuerunt, quod licet per hanc possessionem adquiratur ius in re ei, pro quo aliquis constituitur possidere, non incidit in poenam, qua multandus esset, si reali traditione rem transtulisset. Hinc Senatus Gratianopolitanus pluries definiuit, non cadere in commissum emphyteutam, qui, irrequisito domino directo, emponemata alienauit sola traditione per constitutum; sed tunc demum, quum subsequuta fuerit traditio vera, & realis, vel saltem symbolica, id testante Guid. Papa *decis.* 101. Eademque aequitatis ratione dicendum mihi videtur, actionem retractus per decennium duraturam non adquiri vicino denunciato post peractam venditionem cum clausula constituti, sed si realis traditio, vel saltem symbolica denunciationem praecesserit. Et ita quotidie facere solent in hoc Regno omnes emtores, qui post stipulatum alienationis instrumentum vicinos denunciant, & inde realem accipiunt traditionem rei emtae, conductae, vel in emphyteusim concessae, atque vicinos ea denunciatione compellunt ad exercendam praelationem infra triginta dies a Constitutione designatos.

29. Denunciandum est ei, qui tempore contractus venditionis, emphyteusis, vel locationis rem alienandae coniunctam possidet. Hinc cuidam adsessori, sententiam meam super sequenti controuersia expetenti, retractum denegandum esse respondi. Leonardus fundum suum ea lege vendidit Mauritio, vt reemere infra octennium ei liceret. Congruebat huic fundo ille Hieronymi, qui denunciatus noluit praeferri. Post quatriennium Hieronymus fundum suum Iosepho vendidit, non denunciatis vicinis; adquisiuit hinc ius Mauritius retrahendi fundum a Hieronymo alienatum. Mauritius tamen, nondum

dum peracto anno, quaesitum ius retractus remisit Iosepho. Mense postremo septennii Leonardus fundum suum, Mauritio venditum ex pacto reemendi, recuperauit. Inde iudicium retractus ex congruo contra Iosephum possessorem fundi congruentis, sine denunciatione alienati, instituit. Sed excipiebat Iosephus, retractum contra se natum a Mauritio remissum fuisse, & hinc non amplius extare. Replicabat Leonardus, Mauritium nec adquirere, nec remittere potuisse ius retractus, quod non sibi, sed fundo adquisitum erat, & cum ipso fundo per reemtionem sibi Leonardo translatum. Absolutorium tamen decretum ibi accepit Iosephus, ex quo illius Curiae adsessori respondi, denegandum retractum Leonardo, ea potissimum ratione, quod tempore venditionis non ipse, sed Mauritius fundum congruentem possidebat, & hinc huic denunciandum, & eidem ob omissam denunciationem retrahendi facultas quaesita. Actio enim retractus, non fundo congruenti adquiritur, sed quidem ob fundum personae possidenti. Tunc temporis Mauritius possidebat, hinc ei ius quaesitum. Et quia quisque remittere potest ius suum, ipse Mauritius remisit Iosepho, & extinctum est ita, vt sine noua alienatione, irrequisitis vicinis, amplius non reuiuiscit.

30. Eodem modo respondi in alia simili facti specie: Paullus cum pacto reemendi quandocumque fundum Andreae vendidit. Andreas fundum congruentem a Iosepho emit. Decennio haud transacto Paullus proprium fundum redemit, ac inde, quem Andreas a Iosepho emerat, retrahere desiderabat. Respondi inciuile esse, quod Paullus petebat; siquidem tempore venditionis a Iosepho factae ipse Paullus congruentem fundum non possidebat; vnde nullum sibi ius praelationis, & per consequens nulla actio retractus.

31. Quum denunciatio fieri debeat omnibus congruentibus possessoribus rei alienandae, & venditor, siue emtor aliquem vicinum esse ignorans, eum non denunciet: non immerito dubitari contingit, an vicinus non denunciatus possit infra decennium actionem retractus experiri? Mea quidem opinione iuri sane innixa dicendum videtur, quod si ignorantia fuit iusta, nec nimis supina, non licere vicino haud denunciato retractum exercere. Iusta enim ignorantia excusat, *L. 9. §. 2. D. de iur. & fact. ignor.* Et ita quidem respondi in controuersia mihi proposita. Emit Lucius quoddam territorium, omnibusque vicinis in numero senario positis, eam emtionem denunciauit. Inter vicinos aderat Meuius, qui congruentem fundum cum vxore sua Laetitia possidebat; erat enim ille fundus ex altera parte dotalis, & extradotalis ex altera. Ignorabat emtor hanc communionem, quia integer fundus dotalis credebatur; praesertim quia maritus in eius fundi administratione omnia agebat suo nomine; immo in libro catastali suum integrum esse fundum adseruerat. Omisit hinc Lucius denunciare Laetitiam Meuii vxorem; quae tamen infra decennium territorium emtum retrahere desiderabat. Iusta sane erat Lucii ignorantia, & non sua tantum, sed fere omnium, qui in ciuitate erant, vt dicebatur; & ideo excusa-

sabilis. *Facti ignorantia*, ait IC. Paullus in d. L. 9. §. 2. *ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur; quid enim si omnes in ciuitate sciant, quod ille solus ignorat?*

32. Ad sustinendum tamen ius, quod Laetitia exercere desiderabat, dicebatur, ignorantiam ipsi ignoranti, non tertio obfuturam; hinc Lucio potius, quam congruentibus possessoribus praefati facti ignorantiam officere debere. Huic sane obiectioni satis occurri ea vulgari DD. distinctione *damni euitandi*, & *lucri captandi*, quae si iusta reputatur in iuris ignorantia, nemini remissa; *L.* 12. *C. de iur. & fact. ignor.* (nisi tantum, quibus a lege speciatim est indultum, *L.* 9. *D.* *L.* 1. *&* *L.* 11. *C. eod.*) multo magis iusta dicenda erit in ignorantia facti, quae omnibus est remissa, & hinc nemini damnum adferre solet, *L.* 3. *pr. L.* 5. *& L.* 6. *pr. D. de iur. & fact. ign.* Qui ex ignorantia facti aliquem congruentem possessorem non denunciauit, nonnisi damnum amissionis rei emtae desiderat: *Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest . . . . Ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet.* *L.* 8. *D. de iur. & fact. ignor.* Quod si lex non permittit hoc pati ob iuris ignorantiam; multo magis ob eam, quae solius facti est.

33. Subdidi praeterea: Qui Constitutionis praecepto denunciandorum vicinorum non paret, eae subiicitur poenae, vt per decennium non sit rei adquisitae dominus irreuocabilis; sed retractum expectans, trepidanter eam possidet. Poena autem nonnisi ei infligenda, qui dolo, vel saltem culpa legis praeceptum non implet. *Poena sine culpa esse non potest.* Regula est a DD. consensu efformata a *L.* 7. *C. de his, quibus vt indign.* Quum vero Lucius non dolo, (nam si emtionem vxori occultare voluisset, eamdem marito minime denunciasset) nec culpa, sed ex ignorantia tantum denunciare omisit; poena hinc a Constitutione statuta dignus non videtur. Illud tamen animaduersione dignum est, quod si vicinus non denunciatus intra triginta dies a perfecta alienatione praelationem petierit, non erit ei deneganda, quia haec non est poena ementis, sed iuris effectus ex vicinitate proficiscentis.

34. Qui Lucii iura in ea controversia defendebant, sustineri quoque posse opinabantur ex denunciatione facta Meuio Laetitiae marito, vt ex sententia Seruii respondit Vlpianus *in L.* 5. §. 3. *D. quod vi, aut clam*; ibi, *sed & Seruius recte ait, sufficere feminae viro notum facere, opus se facturum, vel denique sciente eo facere.* Addebant quoque ex sententia eiusdem Vlpiani *in L.* 5. §. 5. *& in L.* 16. *D. de oper. nou. nunciat.* satis esse, si in re communi, vt erat fundus; ex quo congruum pro Laetitia eruebatur, vni ex dominis denuncietur: *si plurium res sit, in qua opus nouum fiat, & vni nuncietur, recte facta nunciatio est, omnibusque dominis videtur denunciatum.* Horum tamen opinionem minime probaui; siquidem inter nunciationem quae fit caussa noui operis, & eam quae cum vicinis adhibetur ex caussa congrui illud maximum intercedit discrimen, quod illa fit rei, non personae; haec con-

contra personis vicinorum, non rebus congruentibus; vnde ad rem idem Vlpianus ait *L.* 5. §. 3. *eod.* & *generaliter ei nunciari nouum opus potest, qui in re praesenti fuit domini operisue nomine, neque refert, quis sit iste, vel cuius conditionis, qui in re praesenti fuit. Nam & si seruo nuncietur, vel mulieri, vel puero, vel puellae, tenet nunciatio.* At dici nequit, recte nunciasse vicinis, qui agricolae, vel seruo, vel aliae personae, in congruenti fundo existenti, nunciauit.

35. Lucii caussam potius ex eo magis tueri posse dicebam, quod nunciatio nedum vicino fieri potest, sed etiam eius generali procuratori, vt consensu tenent de Afflictis *cap. cit.* §. 2. *n.* 11. eiusque adnotatores *in verf. item quaero, num.* 8. Golinus *de proc. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 206. Benedellus ad hanc Constit. §. *in primis, num.* 49. Maritus autem est legitimus procurator bonorum vxoris, *L.* 11. *C. de proc. iunct. L. vlt. C. de pact. conu.* vbi Bartolus & Baldus. Tandem quum fundus, ex quo pro viro, & vxore ius congrui proficiscebatur, vnus erat, qui in communione ab ipsis coniugibus possidebatur, ipsi duo vnius loco habentur, teste IC. Paullo *in l.* 4. §. 7. *D. fin. reg.* Vnde Cuiacius *tom.* 5. *p.* 339. *lit. C.* scripsit: *quia in fundo communi, qui vnus est, & nos vnius loco habemus.* Si igitur vir, & vxor ob rei communionem pro vna persona habebantur, sat erat vni eorum nunciare, vt vtrique nunciatum diceretur.

36. In adhibenda cum vicinis denunciatione non est inquirendum de dominio rei congruentis; sed sat est ei denunciare, qui tempore contractus, ex quo sequetur alienatio, possidet rem congruentem. Ad hanc rem recte adnotauit Peregrinus *decis.* 31. *n.* 3. 4. 5. qui loquens de Statuto Patauino nostrae Constitutioni simillimo, scripsit: *quia Statutum de retractu iure cohaerentiarum, dum prouidet in fauorem vicinorum cohaerentium, voluit denotare, possessorem fundi cohaerentis, non autem proprietarium, & dominum; nempe Statutum loquitur de vicino, & cohaerente* (quemadmodum nostra Constitutio vtitur verbo *coniuncti*) & *huiuscemodi verba sonant in factum, & non in ius, ideoque conueniunt possessori; non autem proprietario; nam possessio est quid facti, proprietas vero est iuris, L. naturaliter, §. nihil commune, D. de adqu. possess. Item possessor, qui habet insistentiam facti dicitur cohaerens, & cohaerentiam habere, proprietarius vero idemque dominus non habet facti insistentiam, ideoque non dicitur cohaerens, nec cohaerentiam habere.*

37. Testatur quoque ibidem de praxi Fori Patauini, a qua nihil differt ea Fori nostri; nempe qui retrahit non tenetur demonstrare ius sui dominii, vel proprietatis, nec ostendere titulum, sed tantum cohaerentiam per possessionem fundi fundo, quem rettahere intendit. Ex quo deducit, quod emtor denunciando possessori fundi cohaerentis, & iure suo intra triginta dies non vtentis, perpetuam sibi parat cautionem, adeout si superueniat dominus fundi, & eum euincat; amplius exercere non poterit ius retractus; quia, vt ipse ait, *emtor esset tutus per denunciationem factam possessori.*

38. Ex

38. Ex dictis recte deducendum, alienationem minime denunciandam esse domino directo fundi emphyteutici congruentis, sed dumtaxat domino vtili, seu emphyteutae; etenim non directus, sed tantum vtilis dominus emphyteuticum fundum possidet. Ad rem noster Matth. de Afflictis, *op. cit. pr. num.* 39. *Quia illud ius, quod dominus directus habet in domo emphyteutica, non est in consideratione quoad avocandam rem venditam iure congrui ab emtore: imo ipsi emphyteutae, qui habet vtile dominium, competit ius agendi condictione huius legis, vt supra dictum est, & patet; quia si venditur domus collateralis domui emphyteutae, emphyteuta potest petere ius congrui, & non dominus directus, qui non habet congruitatem, & ita concludit per plura verba dominus Sebastianus in consuet. de iur. congr. in verbo alicui.* Idemque testatur Rendella *de iur. protim.* verbo *emphyteusim*, *num.* 27. vbi scripsit: *Vnde diuersa est quaestio, si res vicina venditur, vtrum ius congrui competat emphyteutae propter coniunctionem rei emphyteuticae, & bene concludunt DD. competere ipsi, non domino proprietatis.*

39. Tempus triginta dierum, concessum vicinis denunciatis ad soluendum statutum pretium, non semper incipit currere a die denunciationis: etenim si contractus sit celebratus sub conditione suspensiua, initium non accipit, nisi ab impleta conditione, *arg. L.* 1. §. 2. *D. quando de pecul. act. ann.* ibi IC. Vlpianus. *Annus autem vtilis computabitur; & ideo si conditionalis sit obligatio, Iulianus scripsit ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, sed ex quo peti potuit conditione existente. L.* 7. *in pr. D. de contrah. empt. L.* 48. *de iur. dot. L.* 19. *in fin. iuncta L. pen.* §. 1. *D. de excus. L.* 45. §. 9. *D. aedil. edict. L. vlt.* §. 3. *C. comm. de legat.* Matth. Berlichius *part.* 2. *concl. pract.* 40. *num.* 19.

40. Nec obstat, quod vicinus sub iisdem conditionibus rem congruentem accipere debet, sub quibus eandem adquireret emtor extraneus: Car. Molinaeus *in Consuetud. Paris. tit.* 1. §. 13. *gloss.* 5. *n.*22. & DD. consensu. Si quidem hoc intelligendum est de iis qualitatibus, quae incertum haud reddunt rei alienatae dominii adeptionem; quod sane non euenit in alienatione, quae fit sub conditione suspensiua, sub qua nullum ius adquisitum dicitur. *L.* 8. *D. si quis omiss. causs. testam.* Aliter tamen sentiendum ob contrariam rationem, si res alienetur sub conditione resolutiua, vtpote quae non impedit dominii translationem; sed tantum expectare facit, quod adquisitum amittatur, vt in venditione cum pacto reemendi, vel alio simili. Plura ad hanc rem legi possunt apud Tiraquellum *de retract. consangu.* §. 1. *gloss.* 10. *n.*41. *& seqq.*

41. Multo minus tempus labitur, si vel ante, vel post denunciationem orta sit controuersia super re alienanda; siquidem, si ante denunciationem iam quaestio exagitabatur, tempus non incipit currere, nisi expleta controuersia, Guido Papa *decis. Gratianop. quaest.* 257. *num.* 1. Tiraquellus *eod. tract.* §. 1. *gloss.* 10. *num.* 36. si vero post de-

denunciationem sit suborta, tunc tempus intermittendum videtur vsque ad litis finem, & reliquum temporis ad triginta dies perficiendos, inde currere incipiet. Sed puto verius cum Vlpiano *Fragm. tit.* 19. *num.* 8. *& ibi* Cuiacio, ac Paulo *in L.* 2. *D. de vsurpat.* tempus triginta dierum debere esse continuum, & non vsurpatum; atque hinc vicinum denuo denunciandum expleta lite, vt ex eo tempore triginta dies excurrant.

42. Suborta autem quaestione inter venditorem, & emtorem cuiusdam ruris ex eo, quod venditor contractus implementum desiderabat, nempe rem tradere, & pretium accipere; emtor vero id recusabat, timens fideicommissi vinculo alligatam esse rem venditam; facta vicinis denunciatione, vnus eorum respondit, se audiuisse litem ortam super re vendita, ac propterea, expleta quaestione, se deliberaturum, an praelatione vtendum. Vltra sexennium caussa exagitata fuit inter venditorem & extraneum emtorem, atque sententia declaratum, fideicommissum non extare. Vicinus, qui ius deliberandi sibi reseruauerat, iudicium retractus contra emtorem instituit. Hic tamen ei excipiebat temporis lapsum, quia nedum triginta dies, sed fere septennium praeterierat, ex quo de alienatione facienda ei denunciatum fuerat; ipse vero actor litem tunc existentem reponebat. De hoc articulo interrogatus respondi: a vicino denunciato importune petitionem praelationis, vel retractus proponi: nec eius litis existentiam tempus triginta dierum prorogare potuisse. Siquidem quum DD. consensu docent, motam litem cursum legitimi temporis impedire, de ea controuersia loquuntur, quae incertam facit alienationem ex parte alienantis, *quia venditor negat*, sunt verba Tiraquelli *l. c. aut aliter impugnat venditionem, & interim labitur tempus, vtrum nihilominus admittitur* vicinus? non vero quum ipse emtor liti occasionem praebet, quam repellere potest vicinus contractus implemento. Poterat sane in ea controuersia denunciatus vicinus offerre venditori pretium statutum, & rem venditam accipere, sibi litem de fideicommisso assumens. Aequum enim non est, extraneum emtorem suis sumptibus, & sub incerto exitu litem sustinere, vt inde quasi in praemium sui laboris rem omni vitio purgatam vicino tradat; nam regula iuris est: *secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. L.* 10. *D. de R. I.* vnde huic vicino recte cum Wissembachio *ad d. L.* 10. exprobari potest: *Qui suffert rei incommodum, huic tu noli inuidere commoda.*

43. In alienatione rerum immobilium in territorio huiusce Ciuitatis Neapolis positarum, necessaria non est denunciatio congruentibus possessoribus, quum Consuetudo *Si quis emit* tit. *de iur. congr.* aliud non exigat, quam vicini scientiam secutae alienationis ad hoc, vt infra annum valeat rem alienatam petere iure congrui ab emtore, eiusue vniuersali successore. Ad euitandas tamen dubitationes, & hinc iudiciarias quaestiones, quae oriri possunt super vicinorum scientia, quam ad-

adquisiuisse ipsi facillime negant, vt annale tempus protogetur; consultius aget; qui statim secuta alienatione, eam cum adiunctis pactis per Notarium, iudicem chartularium, ac testes ad vicinorum notitiam perducet, vt ex eo nunciationis die initium accipiat annus, vicinis a Consuetudine ad retrahendum concessus. Napodanus *ad d. Consuetud. v. scientiae*.

44. Non cum omnibus rei alienandae congruentibus possessoribus denunciatio est adhibenda, sed dumtaxat cum iis, qui iure praelationem petere valent; nam si ab ea arceantur, nec denunciare eos oportet. A praelatione autem excluduntur 1) *qui atroces iniurias, vel manus impias venditori, vel eius familiae intulerint, vel ipsius substantiae grauem iacturam moliti sunt, vel contra eius vitam nisi sunt;* de quibus satis dictum *Cap. IV. a num. 3. ad* 10. 2) qui in antecessum ius praelationis remiserunt, h. e. qui permiserunt vicino, fundum congruentem, cui vellet, alienare; quod fieri posse probat Andr. Tiraquellus *de retr. consangu. §. 1. gloss. 9. num.* 122. & 3) qui congruentem fundum possidet quidem, sed retractui subiectum eidem fundo alienando. Ita quidem scripsi & demonstraui in sequenti controuersia.

45. Emit Michael Guglielmus fundum, non denunciatis fratribus de Mastrominico, congruens praedium possidentibus. Post biennium praefati fratres suum praedium D. Michaeli Solimene vendiderunt, cui speciatim cesserunt adquisitum ius retractus super fundo, quem Guglielmus possidebat. Solimene tamen in octennio, quod ex decennio supererat, adquisito retractu vti noluit. Praescripta a Guglielmo actione contra Solimene, ab eodem petiit iure retractus praedium emtum a fratribus de Mastrominico sine denunciatione alienatum. Ad Solimene patrocinium adiunctus, demonstraui, Guglielmum non fuisse denunciandum. Etenim denunciatio adhibenda est cum eo vicino, cui praelationis exercendae ius est; qui autem possidet fundum retractui subiectum erga illum fundum, qui alienatur, nullam petere potest praelationem. Siquidem si vicinus, cui est ius retrahendi, denunciare deberet vicinum retractui subiectum, nedum praelationem ei concederet, sed iuri a se quaesito, nempe retractui, renunciare teneretur. Sed quae aequa vel iniqua lex id vnquam praecepit? Si aequum non est, ait IC. Paulus *in L. 9. D. de rer. amot.* inuitum cogere ad rem pretio vendendam; nonne iniquum erit adquisitum ius gratis remittere debere?

46. Porro, qui fundum alteri congruenti fundo ex retractu tenetur, retractum super illo adquirere nequit, ne ex eodem subiecto, & ex eadem caussa sit actio & passio; quod sane contradictionem involuit: alter enim fundus eodem tempore alterum retraheret, & ab eodem retraheretur. Subdidi quoque, quod si ante decennii cursum Guglielmus ex congruo petiisset fundum a Solimene emtum, iure hic ei obiecisset retractum sibi in eum competentem, qua quidem actione & Guglielmi fundum adquisiuisset, & a se amoliuisset ipsius Guglielmi propositam retractus actionem. Regula autem iuris est: quae sunt tem-

temporaria ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum, *L. 5. C. de except.* Gothofredus *ad L. 5. D. de dol. mal. & met. excep.* Quamuis igitur actio retractus Solimene competens erat decennalis, exceptio tamen ex eodem iure proficiscens perpetua erat, & hinc quocunque tempore Guglielmo opposita, eum a petitione fundi ex retractu excludebat. Plura autem in ea defensione scripta ad hanc rem adinuenies.

CAPVT X.

De pretio a vicinis soluendo, ac de expensis legalibus, & necessariis a retrahente praestandis.

1. *Qui in alienatione praeferri, vel rem alienatam retrahere desiderant, quodnam pretium, iustum an conuentionale soluere debent?*

Duplex de pretio in Constitutione lectura. ibid.

2. *Ordinario soluendum est pretium ab extraneo emtore citra fraudem promissum, vel solutum.*

Quid si non appareat? ibid.

3. *Quando maius constituto pretio a vicinis soluendum?*
4. *Solutum pretium ab extraneo quando minuendum a vicino?*
5. *Generali regulae de pretii diminutione tres subnectuntur exceptiones, quarum prima est de casu fortuito.*
6. *Secunda exceptio innititur debitae compensationi ob expensas ab extraneo emtore factas.*
7. *Quaenam expensae a vicino praestato, & quae a retrahente refundendae?*
8. *Distinctio expensarum necessariarum contra opinionem Rendellae.*
9. *Pretium non est minuendum cum extraneo emtore, quamuis enormem sustinuerit laesionem; sed retrahens actionem ex* L. 2. C. de resc. vend. *experietur cum venditore.*
10. *Peculiaris casus, in quo retrahens minus soluto pretio numerare debet extraneo emtori.*
11. *Soluitur obiectio, quae contra nostram opinionem proponi potest.*
12. *Quando duae actiones, & quando altera tantum adquiritur vicinis in duplici alienatione infra decennium facta?*
13. *Integrum pretium soluendum est a retrahente infra tempus legitimum agendi, nec vnus numus deesse debet, alias iuri suo cadet.*
14. *Suprascriptae generali regulae subnectitur prima limitatio, proficiscens ex pluribus heredibus vnius retrahentis.*
15. *Altera limitatio oritur ex pacto venditioni adposito de pretio per partes, & diuersis temporibus soluendo.*
16. *Proponitur obiectio, quam Cepolla eruit* ex L. 8. D. de Publ. in rem act.
17. *Soluitur obiectio, & datur recta interpretatio* d. L. 8.
18. *Quando dilatio ad soluendum pretium, concessa extraneo emtori, prodest vicino retrahenti, vel minime?*
19. *Oblatio pretii debet esse realis, nec sufficit verbalis, etsi offerens pignora, vel fideiussores dare velit.*

20. *Limitant hanc doctrinam nonnulli in oblatione facta in iudicio, & in ea, quae fit possessori recusanti.*
21. *Minus probabilem esse suprascriptam limitationem, & necessarium esse pretii depositum demonstratur.*
22. *Vsquedum possessor rei retrahendae depositum pretium non acceperit, permissum est retrahenti illud a se auocare.*
Si retrahens depositum auocauerit, iuri suo renunciasse censetur, ib.
23. *Compensatio liberat retrahentem a solutione pretii.*
24. *Pretium soluendum in retractu ex Consuet. Neapolis. est illud, quod* Tabularii *aestimabunt tempore sententiae exequendae.*

1. QVi vicini denunciati rem alienandam desiderant ex praelatione obtinere; vel, qui non denunciati, iam alienatam retrahere cupiunt, oportet prius eiusdem pretium soluant, aut deponant saltem. Quum autem pretium aliud sit iustum, aliud conuentionale, *Cap. praeced. num.* 24. non iniuria quaeri potest, quodnam pretium, iustumne, an conuentionale a vicino praestandum? Variant quidem in hoc articulo Constitutionis lecturae. In ea, quae probatur a Maranta *de multipl. alienat. disp.* 8. *n.* 50. scriptum extat: *pretium iustum & sine mora, quantum quiuis emptor sine fraude dederit*. In altera vero, quae arridet Cuiacio, & Gothofredo legitur: *pretium iustum sine mora, aut quantum quiuis emtor sine fraude dederit*. Ex prima igitur lectione pretium iustum idem est, ac quantum quiuis emtor sine fraude dederit; ex secunda vero differre iustum pretium ab eo, quod emtor dare potest, particula alternatiua *aut* demonstrat satis. Lectio autem, qua vtitur Maranta, magis consonat Constitutioni Romani Lecapeni a graeco in latinum ab ipso Cuiacio translatae, ibi enim legitur: *vt intra dies triginta iustum pretium, quodque haud segniter verus emptor esset praestiturus ipsis* (vicinis) *sine ulla mora soluentibus*. A Cuiaciana tamen lectione, vtpote vulgari, non recedemus, & quando conuentionale a vicinis erit soluendum, dicamus.

2. Ordinario illud pretium vicini soluare debent, quod extranei emtores, conductores, vel emphyteutae solvere constituerunt, vel dederunt cum effectu. Hoc enim exigit Constitutionis finis, ne vicini alienantes praelationemque vicinis concedentes aliquo incommodo, vel minima laesione afficiantur; modo tamen nulla in constitutione pretii fraus sit adhibita: *aut quantum quiuis emptor sine fraude dederit*, *d. Constit.* Si vero adpareat, fraudulentam esse quantitatem, quae vicino denunciatur, vel retrahenti demonstratur; tunc quidem nonnisi verum constitutum pretium soluet; quod si non adpareat, quid vere solutum, vel promissum sit; tunc tantum solvendum, quantum aestimatores decernent. De Afflictis *de iur. prothom.* §. 2. *num.* 17. Et hoc quidem tunc dicendum erit iustum pretium, quod nempe vicinus soluet alienum ab eo, quod extraneus emtor dedisse, vel promisisse simulauit.

3. Aliquando tamen maius soluto, vel

vel promisso pretio, canone, vel mercede a retrahente soluendum, quum nempe minori iusta quantitate illud constitutum fuisse ob cognationem, adfinitatem, amicitiam, aliamue similem caussam in alienationis instrumento dictum fuit. Ad rem Iohan. Bapt. Larrea *decis.* 8. *tom.* 2. scripsit: *an qui ius habet pro pretio venditam rem, aut conductam retrahere, si venditor dicat amico, aut domestico de se benemerito, vt seruitia compensaret minori pretio vendere, qui retrahit, debeat non solum conuentum, sed maius pretium offerre?* Et subdit: iustum pretium soluendum non a contrahentibus statutum, *arg. L. fin. C. de iur. emph.* §. *sed ne hac occasione*, *L.* 33. *D. ad L. Aquil.* & *L.* 66. *D. ad L. Falcid.*

4. Quum dicimus solutum ab extraneo emtore pretium a vicinis retrahentibus soluendum esse, id intelligi opórtet, dum retrahenda res in eodem statu permanet; etenim si ab emtore fuerit diminuta, veluti si venditi fundi arbores fuerint caesae, quarum pretium ipse emtor lucratus fuit, hoc caesarum arborum compendium a fundi pretio, quod emtor soluit, detrahendum erit, de Franchis *decis.* 390. Quemadmodum contra, si ab ipso emtore necessariae, vel vtiles expensae in ipso fundo fuerint factae, vt si emphyteuta vineam implantauerit, huiuscemodi expensae a vicino retrahente cum ipso pretio ab extraneo soluto erunt refundendae, *arg. L. vn.* §. 5. *C. de rei vxor. action. tot. tit. D. de negot. gest.*

5. Tres tamen suprascriptis regulis subnecti debent exceptiones, quarum prima est, quod si diminutio pretii rei retrahendae non ex facto extranei emtoris, sed fortuito casu euenerit, nulla tunc a soluto pretio erit facienda detractio. Siquidem quum vicinus in locum extranei emtoris substituatur, & in omnibus habeatur idem, Carol. Molinaeus *in consuet. Paris. tit.* 1. §. 13. *gloss.* 5. *num.* 22. quemadmodum ille fortuitum casum post perfectam venditionem, *L.* 8. *pr. D. de per. & com. rei vend.* & praesertim post rei traditionem euentum sustinuisset, *L.* 5. *C. de Aedil. act.* ita & retrahens sustinere debet, Idem Molinaeus *l. c. num.* 22. & 56. Baldassar Beriedellus *in tract. de iur. protom. ad pr. Consilt. num.* 217.

6. Secunda exceptio est, quod in detractione pretii facienda ob diminutionem rei ab extraneo emtore factam adhibenda est compensatio eius, quod deest, cum eo, quod adiunctum est. Si fingatur igitur, arbores in silua caesas fuisse, & inde virgulta loco caesarum arborum nata, horum pretium cum eo, quo caesae arbores venditae fuerunt, compensandum, de Franchis *d. decis.* 390.

7. Quum dicimus a vicino refundendas esse nedum necessarias, sed vtiles quoque impensas ab extraneo emtore factas, id, & est tertia exceptio, intelligendum est de vicino retrahente, non de eo, qui denunciatus praelatione vti desiderat. Denunciata hinc alienatione congruentibus possessoribus, & legitimo spatio dierum triginta non exacto, nefas est venditori, vel emtori vtiles expensas facere super re alienanda; *quod est notatu dignum*, ait Ren-

Rendella *ad d. Constit.* verbo *quantum num.* 2. *in fin.* ad obuiandum malitiis extraneorum emtorum, qui statim expensas erogant, vt vicini eis territi nec tantam pecuniam volentes refundere, a iure hoc remoueantur.

8. De necessariis vero expensis non ita absolute sentiendum, vt fecit Rendella *l. c.* qui credidit, necessarias impensas ab iis dumtaxat vicinis emtori extraneo refundendas, qui quatuor mensium spatio fruuntur ad praelationem exercendam, ea ductus rationis momento, quod in Constitutione de his solum legatur: *debens venire, & soluere iustum pretium cum legitimis vsuris, & expensis necessariis*. Quod sane non dicitur de illis vicinis, quibus tantum triginta dierum spatium indultum est ad praelationem exercendam; quum his dumtaxat praecipiatur, vt soluant iustum pretium sine vllo adiuncto. Sed puto verius, necessarias impensas, si ita vrgeant, vt ad reliquum tempus triginta dierum differri non possint, eas quidem refundendas esse. Quaeso si inopinato aliquo casu pars venditae domus sit peritura, cur periculo non obuiandum? & si obuiatum fuerit, cur a vicino, qui praelationem petit, extraneo emtori non soluendae? Nonne locupletaretur hic vicinus cum aliena iactura, quod iura non patiuntur? *L. 6. §. 2. D. de iur. dot. L. 8. §. 22. D. de transact. L. 14. D. de condict. indeb.*

9. Ad exercendum retractum oportet a vicino illud plerumque integrum pretium emtori extraneo soluatur, quo reuera immobilis res retrahenda ab eo emta fuit, *d. Constit.* verbo, *quantum quiuis emtor*. Hinc Franc. Viuius *lib. 2. decis.* 320. *num.* 6. ait: retractum vicinis concedi a Constitutione sub conditione pretii soluendi; qua non impleta, retractus haud exerceri poterit: Nec minuendum, quamuis enormis laesio in contractu reuera interuenisse dicatur, quum huiuscemodi sit natura retractus, vt emtor liber, & immunis abeat ab emtione, ac si nunquam emisset; vt ex Molinaeo tradit Paullus Christinaeus *decis. Cur. Belg. vol. 1. decis.* 281. *n.* 5. Verum quum ipse vicinus succedat in locum emtoris extranei, & omnia eius iura per retractum nanciscatur *sup. num.* 5. rescissionem contractus *ex L. 2. C. de rescind. vendit.* ob enormem laesionem, quae emtori extraneo exerceri fas erat, proponere poterit. Idemque dicendum, si non quidem laesio enormis data fuerit, sed minoris erat res vendenda ob occultum eius vitium, veluti quia fundus decimae, canoni, vel seruituti siue reali siue personali erat obnoxia. Tunc enim actio redhibitoria, vel quanti minoris ab ipso retrahente recte exercebitur, de Afflictis *de iur. prothom.* §. 2. *num.* 18.

10. Aliquando tamen minus soluto pretio rem alienatam retrahet vicinus ab extraneo emtore; idque fiet, dum non contra primum, sed contra emtorem secundum retractum exercebit. Finge fundum venditum mille non denunciatis vicinis; inde a nouo possessore intra decennium, etiam sine denunciatione, alienatum millo biscentum. Petentibus vicinis illum fundum ex retractu; non postremum, sed primae venditionis pretium, nempe mille, soluere debebunt,

arg. L. 19. §. 9. D. de capt. & postlim. Rosenthallus de feud. cap. 9. conclus. 94. num. 15. membr. 2. Berlichius p. 2. conclus. 41. num. 23. Etenim quum ipsis ex prima venditione adquisitum fuerit ius retrahendi pretio mille, idem eorum damno augeri non poterat altera venditione, tot. tit. C. res int. alios act. Illud hinc pretium numerare tenentur, quod ex primo contractu ab extraneo emtore numeratum fuit. Neque vllum sentiet damnum hic nouus possessor, dum minorem quantitatem recipit pretio quod ipse soluit; siquidem, quum fundus euincatur ob caussam contractum praecedentem, quod minus accipit, actione emti recuperabit ab eius auctore, a secundo nempe venditore, arg. L. 22. C. de euict.

11. Quod si quis ad impugnandam praefatam sententiam, in memoriam reducat nostram, quod scripsimus praecedenti num. 9. emtorem nempe, aduersus quem retractus exercetur, immunem ab emtione exire debere, ac si nunquam emisset, ac proinde pretium ab eo solutum nullo modo minuendum; parata est responsio. Minuendum non est pretium solutum a primo emtore, non vero illud, quod numerauit emtor secundus; ea sane disparitatis ratione, quod cum emtore secundo retractus non exercetur, prout emtor est, sed vt tertius possessor, ex quocumque titulo rem retrahendam possidens. Actio enim retractus quae est personalis, sed scripta in rem, Andr. Gailius 2. obs. 19. num. 6. & DD. consensu, adquisita hinc ex venditione facta, non denunciatis vicinis, recte inde exercebitur etiam contra possidentes pro permutato, donato, transacto, & titulis similibus, caussam ab eo habentes, qui pro emtore possidebat, & cum quo primum retractus exerceri poterat. Qui autem retrahit a possidente pro permutato, non tenetur dare rem cum qua possidens permutauit; & qui retrahit a possidente pro donato, non hinc negare potest eiusdem retractae rei pretium, ex eo quod pretium donatarius non soluit. Sed quodnam rei pretium donatario, vel ei, qui permutauit, numerandum erit? Illud quidem, quod solutum fuit ab emtore, cum quo permutauit, vel a quo donatum accepit. Ne autem permutator sit in damno, pretium acceptum a vicino retrahente emtori, cum quo permutauit, numerabit, & rem permutatione ab ipso datam, restituere coget, L. 1. C. de rer. permut. Ita quoque emtor secundus accepto minore pretio, quo ipse rem comparauit, reliquum a venditore ob euictionem ex caussa contractum praecedente exigere poterit.

12. Posita duplici successiua venditione in eodem decennio, vicinis ad retrahendum concesso, duae quidem retractus actiones altera post alteram vicinis adquiruntur; & aliquando ex ambabus, altera, quam velint electa, agere poterunt; aliquando vero, altera iam amissa, postremam tantum exercere valebunt. Si in eodem decennio bis eadem res immobilis dispari pretio, vel disparibus pactis sine denunciatione vendatur, in vicinorum arbitrio positum erit, ex prima, vel ex secunda alienatione retractum

ctum exercere. Et quidem eligent sine dubio eam, quae ipsis, vel ob minus pretium, vel ob pacta vtiliora magis proficua eis videbitur. *arg.* §. 5. *l. Quod cum eo, qui in alien. potest.* Si vero ex prima alienatione iam transactum sit decennium, nonnisi ex postrema retractum exercere eis permittetur. Qua de re in specie proposita *num. praeced.* si ex secunda venditione retractus fuisset exercendus, non mille soluti pro pretio venditionis primae, sed mille biscentum, qui fecerunt pretium venditionis secundae, a vicinis retrahentibus soluendi erunt.

13. Vt vicini denunciati ex praelatione rem alienandam, vel non denunciati iure ex retractu rem alienatam petant, oportet integrum offerant pretium, quod ab extraneo emtore vel soluendum erat, vel iam solutum fuit; quia sicut actio ex emto cum effectu non conceditur, nisi soluto pretio integro, *L.* 13. §. 8. *D. de act. empt. & vend. L.* 6. *C. de distract. pign.* ita nec retractus, qui per omnia emtionem imitatur. Particularis enim solutio multa secum fert incommoda, *L.* 21. *D. de reb. cred. L.* 19. *D. de pign. & hypoth.* Hinc recte censent DD. moram committi nedum ab eo, qui nihil, sed & qui totum non soluit, *L.* 85. *D. de solut. L.* 12. §. 1. *D. de V. S.* Vnde ait Tiraquellus *de retr. conuent.* §. 4. *gloss.* 6. *num.* 23. *&* 24. quod si ab integro pretio vnus nummus desit, corruit tota obligatio extranei emtoris dandi rem ex retractu petitam.

14. Generalis descripta regula plures recipit limitationes, quas hic referre necessarium putamus. Et I. quidem: si obligatio pretii a retrahente soluendi ipso iure sit diuisa, veluti inter coheredes, *L.* 4. *pr. D. famil. hercisc. L.* 1. *C. si cert. pet. L.* 2. §. 1. *D. de V. O.* idque etiam verum est, si plures congruentes rem diuiduam retrahent, vel in eius alienatione praeferri desiderent, quia tunc quisque pro rata suae portionis pretium soluere debebit. Confer. Theod. Reinkingk *de retract. consf. quaest.* 1. *conclus.* 1. *ampl.* 2. Verum vel venditor, si ex praelatione, vel emtor, si ex retractu, non tenetur rem diuidere, & partem cuique heredi, vel vicino praestare, etiamsi pretii partem offerat, sed per partes accepto integro pretio rem vendendam, vel iam venditam ipsis heredibus, vel vicinis in solidum tradet, vt inter eos legitima fiat diuisio.

15. Oriri potest secunda limitatio ex pacto forsan, quod inter venditorem & emtorem intercessit de solutione pretii per partes diuersis temporibus facienda; tunc enim eodem iure recte vtetur retrahens, eademque dilatio, quam habuit ab initio emtor in pretio persoluendo, retrahenti concedenda, *L.* 41. §. 1. *D. de vsur.* Hotomannus. *illustr. quaest.* 22. *circ. fin.* Nam iisdem plane conditionibus, atque iisdem contractus legibus soluere debet retrahens, quia intrat in vestigia, & iura emtoris, vt ait Matth. Wesembecius *consf.* 73. *num.* 76. Vnde recte opinatus est Carol. Molinaeus *in Consuet. Paris. tit.* 1. §. 13. *gloss.* 8. *n.* 4. retrahentem offerre non debere pretium ab emtore nondum solutum, sed quae pecunia in promptu soluta est, eam

eam soluendam, vel deponendam; reliquum vero sub iisdem conditionibus, quibus ab emtore debetur: & ita bis iudicatum fuisse, testatur Hartm. Pistorius *obser.* 17.

16. Suprascriptae sententiae videtur obstare, quod scripsit Gaius *in L.* 8. *D. de Publ. in rem act.* ibi: *De pretio vero soluto nihil exprimitur: vnde potest coniectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, vt requiratur, an solutum sit pretium.* Ex quo iuris loco infert Caepolla *consil. caus. ciuil.* 46. *circa dubia col.* 2. retrahentem haud sciscitare debere, an ab emtore extraneo, a quo retrahere desiderat, rei emtae pretium solutum sit, vel an ex parte soluendum; sed dum ipsam rem petit, statutum, vel numeratum pretium in promtu, & integrum offerre debere.

17. Sequutus est hoc loco Caepolla consuetum allegandi modum Pragmaticorum, qui, legum dumtaxat verbis inspectis, earum vtuntur auctoritate ad propositas cerebrinas fulciendas opiniones, quamuis earumdem legum sensus proposito minime correspondeat. Et sane *in L.* 8. Gaius loquitur de actione Publiciana, qua agens ad rem vindicandam minime tenetur pretium ei soluere, a quo ipsam rem vindicat. Quid igitur commune habet haec actio cum retractu, ex quo, qui iure vicinitatis rem petit, eiusdem pretium abscisse numerare cogitur? Qui Publiciana rem vindicare intendit, aliud demonstrare non debet, vt IC. ait, quam ex vendito rem vindicandam accepisse; sed an pretium venditori soluerit, demonstrare non oportet; ea sane ratione, quia & sine pretii numeratione dominium ex vendito adquiri potest, si fidem emtoris ipse venditor sit sequutus, *L.* 19. *D. de contrah. empt. & vendit.* quae omnia minime quadrant actioni retractus. Rectius igitur opinabimur cum Tiraquello *de retr. consang.* §. 1. *gloss.* 18. *n.* 48. probante sententiam Carol. Molinaei *in Consuet. Paris. tit.* 1. §. 13. *gloss.* 8. *num.* 5. eandem dilationem soluendi pretii extraneo emtori concessam, & retrahenti, qui eius locum subintrat, indulgendam esse.

18. Recte tamen idem Molinaeus *l. c.* sequentem subdit distinctionem: quod si tempus solutioni sit adpositum in ipso contractu venditionis, vel etiam seorsum, sed per modum reformationis, aut renouationis contractus; tunc quidem prodest retrahenti, vt profuisset emtori, cessante retractu; quia omne commodum, vel incommodum contractus transfertur ab emtore in retrahentem. Si vero tempus sit concessum seorsim a venditione, & ex liberalitate venditoris, vel alia diuersa caussa, tunc quidem minime prodest retrahenti, quum huiuscemodi dilatio nihil habeat commune cum venditione, cuius iura in retrahentem transfunduntur. Porro dilatio ad soluendum concessa pars pretii merito aestimatur; etenim minus soluit, qui tardius, & plus soluit, qui ante tempus id facit, *L.* 12. *C. de plus petit.* Tiraquell. *l. c. num.* 35. Petr. Faber 3. *semestr. cap.* 23. Huiuscemodi vero dilatio tunc vicino retrahenti concedenda, quum aeque ac extraneus emtor ad soluendum sit aptus, vel ad idoneam cautionem praestandam sit paratus

ratus, vt in Dicasterio suo definitum fuisse anno 1625. testatur Reinkingk *Op. cit. quaest. 6. n. 38.*

19. Pretii autem oblatio oportet sit realis, quia verbalis satis non est; Vdalric. Zasius *ad L. Praetor ait, §. si quis paras. 5. D. de nou. oper. nunciat.* Siquidem leges, quae praecipiunt, debitorem ad solutionem paratum esse debere, intelligendae sunt de reali, non verbali solutione, Negusantius *de pign. in 2. par. 3. memb. 5. par. pr. n.* 1. Et huc pertinet illud vulgatum: *satis verba non sunt, quum facto opus est, L. 20. D. ad Municip. cum concord.* Andr. Gailius *lib. 2. obseru. 11. num. 5.* Nec audiendus est retrahens, si cum verbali oblatione pignora, vel fideiussores offerat, *L. 4. §. 3. D. de re iud.* vbi Ulpianus ait: condemnatum soluere, non liberari, etsi idoneos expromissores dederit. Et IC. Paullus in *L. 21. §. 2. D. de pecun. const.* scripsit: *Constitutio satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem.*

20. Limitanda tamen videtur huiuscemodi doctrina, si oblatio verbalis sit facta in iudicio, eamque acceptare recuset extraneus emtor, vt opinatur Petr. Gregorius Tolosanus *in Syntag. iur. lib. 26. cap. 23. num. 2. arg. L. 9. §. fin. D. de pign. act.* Immo etsi extra iudicium facta, si testato extraneus emtor declaret, pecuniam plane recipere nolle, seu rem ex retractu vicino non concedere; etenim ex ipsa possessoris recusatione realis oblatio omnino frustranea esset, *L. 72. pr. D. de solut. & liberat. L. 19. C. de vsur.* Et esse quidem hanc communem opinionem, a qua in iudicando non est recedendum, opinatur Sigism. Scaccia *de comm. & camb. §. 2. gloss. 5. num.* 157. ea ratione, quod imputari alicui non potest, si non fecerit id, quod si factum fuisset, non erat profuturum, *L. fin. §. 1. D. quis ord. in bon. poss. seru.*

21. Probabilior tamen, quia iuri magis consonat, censenda est sententia opinantium, verbalem oblationem, siue in iudicio factam, siue extra, satis non esse, vt vicinus dici possit officio suo satisfecisse ad rem alienandam infra triginta dies obtinendam, vel iam alienatam sine denunciatione infra decennium retrahendam: Immo nec sufficere oblationem realem factam venditori, vel emtori recusanti, sed oportere vlterius ad impediendum lapsum legitimi temporis integrum pretium deponatur, Nicol. Boërius *decis. Burdegal. 124. num. 22. & seqq.* Tiraquell. *Oper. cit. §. 7. gloss. 3. num. 1. & seqq.* Ad istorum eorumque asseclarum opinionem comprobandam manifesta sunt iura *in L. 1. C. qui potior. in pign.* vbi Impp. Seuerus, & Antoninus in haec verba rescripserunt: *Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam soluerit, aut quum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignauit, & deposuit, nec in vsus suos conuertit.* Consonat quoque iisdem pene verbis *L. 6. & L. 19. C. de vsur.* Necesse quoque est vlterius, depositionem, & consignationem fieri praeuia numeratione; etenim non sufficit depositio, quae fit in crumena, vel in alio clauso loco, vt ex auctoritate

tate Bartoli aliorumque tenet Benedell. *in tract. de iur. protom. ad §. in primis, num. 66.*

22. Depositionem pretii a retrahente factam, vsquedum venditor, vel emtor illud non acceptauerit, permissum est reuocare, quia nullum ius ante acceptationem quaeritur ei, pro quo depositum fuit, & hinc nec contradictione sua repetionem impedire valet, vt adnotauit Bartolus ad *L. acceptam 19. C. de vsur. num. 5.* Coraſ. *Inſt. de act. num. 20.* Verum vicinus ſimpliciter recuperans depositum, iuri ſuo renunciare videtur; ſiquidem res ad eum ſtatum rediiſſe videtur, in quo reperiebatur ante factum depositum: & beneficium, quod per oblationem, & depositionem fuerat conſequutus, per receptionem rurſus amiſit, Tiraquell. *oper. cit. §. 7. gloſſ. 3. num. 4.* Benedell. *in tract. de iur. protom. ad §. in primis, num. 82.*

23. Liberatur tamen retrahens a reali pretii ſolutione, ſi paratus ſit illud compenſare cum aliquo liquido debito extranei emtoris, Tiraquell. *de retr. conſang. §. 3. num. 2. & 5.* Ait enim Pomponius *in L. 4. D. qui pot. in pig. Nec enim intereſſe, ſolueris, an penſaueris.* Et ſcimus, ſolutionem in conditione poſitam impletam dici, ſi compenſatione vti poſſit, qui conditioni parere debet, *L. 20. §. 2. D. de ſtatu lib.* Hinc fit, quod compenſatio opponi poteſt in ipſa exequutione rei iudicatae, itemque contra inſtrumentum paratam habens exequutionem, vt a noſtro S. C. deciſum fuiſſe, teſtatur Matth. de Afflictis *deciſ. 121.*

24. Ex quamplurimis differentiis, quae adnumerantur inter retractum ex Conſtitutione Fridericiana, & illum, qui ex conſuetudinibus Neapolitanis ſub tit. *de iur. congr.* proficiſcitur, non vltimum locum occupat, quae reſpicit pretium a retrahente ſoluendum. Conſtitutio enim mandat, quod ſolvatur illud, quod ſine fraude numerauit extraneus emtor; etiamſi maiorem, vel minorem quantitatem iuſto complectatur, vt ſupra *num. 2.* dictum eſt. Conſuetudo vero *ſi quis emit* ſoluti pretii ab extraneo emtore nullam vult rationem haberi, ſed praecipit, rem retrahendam dari vicino, *prout appretiata fuerit per appretiatores Neapolis*, qui vulgo *Tavolarii* adpellantur. Illud dumtaxat in quaeſtione olim poſitum fuit, an pretium, ab aeſtimatoribus finiendum, eſſe deberet, quod res retrahenda merebatur tempore alienationis, vel petiti retractus, aut ſententiae exequendae; & iunctis Regii S. C. aulis anno 1623. definitum fuit, eſſe inſpiciendum tempus exequendae ſententiae, vt refert Collector Regalium Reſcriptorum *P. II. tom. 4. tit. 233. num. 1.* Quod etiam antea ſimiliter definitum fuerat apud de Franchis, *deciſ. 290.* & apud Rouitum *deciſ. 24.*

CAPVT XI.

De praelatione, & retractu feudali.

1. *Praelatio, atque retractus tum in allodialibus, cum in Feudalibus bonis exercetur.*
Retractus super allodialibus oritur ex coniunctione praediorum, super feudalibus ex sanguinis ligamine, ibid.
2. *Retractus allodialis proficiscitur ex lege scripta, feudalis ex consuetudine. In illo potior est ius domini directi, in hoc vero agnatorum.*
Qui ex cognatione praeferuntur in allodialibus, sunt coniuncti vsque ad decimum gradum; in feudalibus non vltra quintum, ibid.
3. *Praelatio conceditur cognatis, & hominibus feudi; illis, vt bona feudalia seruentur in familia, istis vero fauore libertatis, quam conseruare, vel obtinere desiderant.*
Actio, qua homines feudi petunt praelationem, adpellatur reclamatio ad demanium, ibid.
4. *Ius, quod praelationis dicitur in allodialibus, ius impediendi adpellatur in feudalibus; & quod dicitur ius retractus, adpellatur ius redimendi, a quibus diuersum est illud renouandi, quod in feudalibus correspondet reiuindicationi allodialium.*
Actio impediendi exercetur contra cognatum, qui vult alienare; retractus vero, siue ius redimendi in eum, qui rem feudalem alienatam accepit, quia est actio quidem personalis, sed scripta in rem, ibid.
5. *Permissum est feudatario rem feudalem cuicumque in feudum concedere, modo hoc non fiat in fraudem agnatorum.*
Qui praeferri desiderat impediendo alienationem feudi, vel illud redimendo, soluere debet idem pretium, quod extraneus vel iam soluit, vel soluturus est, ibid.
6. *Inter agnatos primum locum occupant filii; sed an hi caeteris agnatis praeferantur, acris quaestio est inter scriptores.*
7. *Refertur opinio Pistoris aliorumque, hoc ius filiis denegantium.*
8. *Respondetur rationibus ab iisdem adductis.*
9. *Et firmatur nostra opinio, qua in iure impediendi, & redimendi primus locus conceditur filiis.*
10. *Quodnam discrimen intercedat inter feudum hereditarium, ex pacto & prouidentia, & mixtum.*
An in feudo hereditario exerceri possit ius impediendi, & redimendi, ibid.
11. *Quaestio, quae videtur exagitari super feudo hereditario, proprie cadit super illud, quod dicitur mixtae naturae, & cur ita?*
Rationes dubitandi proponuntur, & qui modus adhiberi potest ad separandam qualitatem hereditariam a pacto, & prouidentia, indicatur, ibid.
12. *Inuentarium, quod adhibetur ad segregandam qualitatem hereditariam a pacto & prouidentia, opus non est adhibeatur, viuente feudi possessore.*
13. *Refellitur opinio Vultei, & Pistoris*

ris opinantium; in retractu feudali locum non esse edicto successorio.

14. *Feudalis retractus exerceri debet infra annum a die scientiae alienationis, nec aliqua requiritur interpellatio, vel iudiciaria solemnitas, vt einsdem cursus praescribatur.*

15. *Refellitur sententia opinantium, etiam ignorantes ius redimendi amittere, modo ab alienatione elabatur tempus triginta annorum.*

1. PRaelatio, atque inde retractus nedum in alienatione bonorum allodialium, vt dictum est hucusque, sed etiam feudalium, de quibus nunc agemus, locum sibi vindicat; fons tamen vtriusque toto coelo diuersus. In illis enim ob Fridericianam Constitutionem, qua vtimur, nonnisi ex praediorum coniunctione proficiscitur, qua deficiente, quamuis sanguinis ligamen alienantem, & praeferri desiderantem coniungat, nulla tamen praelatio, nullusque retractus, vt demonstratum est *Cap. III. n.* 1. *& seqq.* In his vero ex sola cognatione, insuper habita ratione feudorum cohaerentium, praelatio atque retractus erui debet. Et licet sanguinis ligamen in allodialibus augeat ius praelationis eorum, qui coniuncta praedia possident, *d. Cap. III. n.* 5. In feudalibus tamen coniunctio corporum feudalium minime alterat ius praelationis, vtpote ex solo sanguinis nexu proficiscens. Agnatus hinc, qui nullum, neque feudale, neque allodiale praedium feudo alienando, vel alienato possidet, aeque praefertur, & retrahit, ac ii, qui cum cognatione feudorum quoque tenent coniunctionem.

2. Tria insuper inter praelationem retractumque rerum allodialium, & Feudalium non leuioris momenti intercedunt discrimina; quorum primum in eo repositum est, quod in illis ex scripta lege Lecapeniana scilicet, vel Fridericiana, *Cap. I. n.* 9. *& seqq.* in his vero ex mera consuetudine proficiscitur; hinc *Lib. II. feudor. Cap. IX.* §. 1. legitur: *Porro siue de bona consuetudine, siue de praua quaeramus: concessa erat domino pro aequali pretio redemptio &c.* Alter discrimen est, quod in allodialibus potior est ratio domini directi, *l.* 3. *C. de iur. emphyt.* quam eorum, qui congruentia praedia possident, *d. Cap. III. n.* 49. in feudalibus vero potior ratio agnatorum, quam senioris, h. e. domini directi eius feudi, quod alienatur. Vnde in *d. Cap. IX.* §. 1. scriptum habemus: *in prohibendo autem, vel redimendo potior erat proximi agnati, quam domini conditio.* Ait autem Feudista: *potior erat;* loquebatur enim de eo tempore, in quo permissum erat feudatario rem feudalem, non impetrata venia domini directi, alienare; hodie vero, quia sine permissu directi domini nulla est rei feudalis alienatio, *Lib. II. feud. tit.* 52. *cap.* 1. *& tit.* 55. *cap.* 1. *Constitutionem diuae memoriae*, tit. *de reuoc. feud.* potior est ratio senioris, quam cognatorum. Tertium denique discrimen ex cognationum gradibus proficiscitur. Qui enim in allodialibus caeteris congruentibus possessoribus praeferri ex parentela desiderant, vsque ad decimum cognationis gradum hoc iure vti permissum est, *d. Cap. III. n.* 6. qui

qui vero in feudalibus idem ius exercent, intra quintum gradum sint constituti oportet; ea sane ratione, quod in illis succesio vsque ad decimum gradum porrigitur; in his vero intra quintum gradum coangustatur. *Conf. Inst. nostr. Iur. Reg. Neap. Lib. II.* §. 192. & §. 226.

3. Nedum cognatis huiuscemodi praelatio in alienatione rei feudalis conceditur, sed si feudum sit cum hominibus, vulgo cum vassallis, hisce quoque idem ius tributum est a *Prag.* 63. §. 5. *de Offic. Proc. Caes.* Diuersum tamen in cognatis, quam in vassallis, est concessae praelationis obiectum. Datur siquidem agnatis, ne res feudalis, titulique honoris de feudatarii familia exeant; vassallis vero tribuitur ex aequa Consuetudine, vt a seruili conditione se subducant, ducto argumento, quamuis minus recte, a §. 1. *v.* nec dominus, *tit. de prob. feud. alienat. per Frider.* Quae sane vassallorum praelatio, atque retractus adpellatur *actio*, siue *reclamatio ad demanium*. Et hac de re vassalli, nedum cum vendit feudatarius, sed etiam cum titulo venditionis feudum constituit dominus directus, eo iure vti valent. *Confer. Inst. nostr. Iur. Regn. Neap. Lib. II.* §. 21.

4. Quemadmodum in allodialibus distinguimus ius *praelationis* a iure *retractus*, quorum illud ante alienationem, hoc vero alienatione iam expleta exercetur, *Cap. II. n.* 3. Ita quoque in feudalibus eadem iura separamus, diuersis tamen nominibus designata. Ius enim praelationis vocatur ius *impediendi*, & retractus adpellatur ius *redimendi*; iisque addunt in feudalibus ius *reuocandi*, quod proprie rei feudalis vindicationi correspondet. Exercetur ius impediendi, priusquam cognatus rei feudalis, quam possessor alienare desiderat, in alium transferat vtile dominium, vnde a cognato, qui praelationem petit, impeditur, quominus alienet; isto vero vtuntur cognati, alienatione iam sequuta, redimentes rem feudalem in extraneum translatam; vtrumque vero, vivente eo, qui alienauit, & eodem soluto pretio, quod ab extraneo venditor accepit, vel accepturus fuisset. Reuocandi vero iure vtuntur cognati proximiores post mortem alienantis, vindicantes feudum a quocumque possessore, siue extraneus ille sit, siue ex numero quidem cognatorum in gradu quidem succesibili posito, sed remotiori, *Lib.II.Feud.Cap.*39. Adparet hinc, quod actio ex prohibitione proficiscens, exercetur in cognatum, qui ad alienandum feudum est paratus; actio vero orta ex redemtionis iure, nonnisi contra eum, in quem res feudalis iniuria cognatorum proximiorum translata fuit; ea sane ratione, quod huiuscemodi actio, quum sit in rem scripta, nonnisi contra possessorem exerceri debet, *arg. L.* 67. *D. de contrah. empt.* Gailius *II. obseru.* 19. *n.* 6.

5. Priusquam igitur feudum per venditionem alienetur competit agnatis praelatio, & postquam alienatum est, ius illud retrahendi. Legitur enim *L. II. Feudor. tit.* 3. *per quos fiat inuest. Si quis ex agnatis tuis rem, quae a communi parente per successionem ad eum peruenerit, alienare volueris; non* per-

permittitur ei, etiam secundum antiquam consuetudinem alii eam vendere, nisi tibi, vel alii proximiori pro aequali pretio accipere volenti. Per Feudum tamen cuilibet dari potest: nisi fiat in fraudem nostrae consuetudinis, vel legis novae bonae memoriae Lotharii (vel Friderici) Imperatoris. Tunc enim rescissa investitura, reddito a te, vel ab alio proximiori, videlicet secundum antiquam consuetudinem, pretio, si quod dederis: is, qui investituram accepit, compellatur rem tibi restituere. Refert hoc loco Feudista consuetudinem, quae vigebat ante scriptam Constitutionem Lotharii, siue Friderici Imperatoris. Extat autem Constitutio ipsius Lotharii lata *die* 7. *Nouemb.* 1136. sub *tit.* 52. *Lib. II. Feud.* Ex descripto autem iuris Feudalis loco adparet, praelationem agnatis concedendam in alienatione Feudi paterni, non vero nouiter quaesiti, & eius, quae fit per venditionem, non ex alio quocumque contractu, modo venditio per fraudem sub alio adparenti contractu non latitet. Ac tandem quod ab adscendente ad eum, qui alienare desiderat, per successionem peruenerit, non alia qualibet via, quae quidem nouum, non paternum feudum efficit. *Lib. II. Feud. tit.* 11.

6. Inter proximiores agnatos primum gradum occupare filios, qui vel proprio, vel repraesentationis iure sunt primi in feudo successores, inficiatur nemo; his igitur primo loco concedendum ius impediendi patrem, feudum alienare volentem, vel ab extraneo, aut remotiori agnato redimendi, iam a patre alienatum, nec in dubium videretur reuocandum. Quum tamen iuris feudalis locus, in quo de huiuscemodi impedimento regula traditur, agnatorum potius, quam filiorum fit mentio; hinc non sine dubitandi ratione quaeritur: an filius patri impedimento esse possit, quominus feudum alienet, vel iam alienatum, patre viuente, redimere valeat. Post mortem enim patris redemtione opus non est, quum illud, nullo soluto pretio, ad se reuocare liceat. Est autem iuris locus *in Lib. II. Feud. tit.* 26. §. 5. vbi legitur: *Titius filios masculos non habens, partem suam feudi Seio, partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit: Sempronius proximior agnatus, mortuo demum Titio, partem illius feudi, nullo dato pretio, recuperare potest. Quod si Titius filios proprios haberet, pretio reddito, etiam viuo Titio: Quod si consensit alienationi, vel per annum, ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

7. Ex descripto iuris feudalis loco nonnulli, inter quos Pistor *lib.* 2. *quaest.* 13. *n.* 33. contra communem Feudistarum opinionem, argumentum desumunt, permissum non esse filio, patre viuente, feudum ab eo alienatum ad se reuocare; multoque minus patrem impedire, quominus feudum alienet. Etenim, ipsi aiunt, si filius hoc ius concederetur, ipsis extantibus, vtpote proximioribus, omnes alii cognati ab hac facultate excluderentur, at Feudista ait: *quod si Titius filios proprios haberet, pretio reddito* h. e. a Sempronio proximiori agnato, *etiam, viuo Titio, Feudum obtinere potest.* Filiis igitur ab huiusce iuris exer-

exercitio potestas denegatur.

8. Sed quaeso, quaenam iuris ratio suadere potest, quod in alienatione feudi a patre facta denegetur praelatio filio, eademque agnato remotiori potius concedatur? Ad feudi antiqui successionem vocatur filius, non quidem a patre, sed a lege inuestiturae, quam pater immutare nequit, *arg. L. 3. D. de interd. & releg.* Cur ergo ei denegabitur ius impediendi vel reuocandi? Porro si viuente patre alienante agnatus remotior, excluso filio, ad praelationem retractumue vocaretur, nullus sane agnatus eo iure vteretur, & ita feudum ad extraneam familiam transiret. Siquidem quamuis filius, viuente patre, secundum hypothesim contra communem opinationem feudum petere non possit iure praelationis, vel retractus; facultas tamen reuocandi feudum post mortem patris ei non denegabitur. Quis autem agnatus iure redimendi vtetur, si idem feudum, mortuo alienante, restituere filio debebit ob reuocationem, quam ipse filius petet, nullo soluto pretio redemtionis?

9. Nec mirandum, si in allato iuris feudalis loco legitur: *quod si Titius filios proprios haberet, pretio reddito*, h. e. ab agnato, *etiam viuo Titio &c.* Nam Feudista de re extra dubitationem posita, & fere inutili, nempe de filii praelatione in alienatione Feudi a patre facta doctrinam exarare noluit, sed sermonem instituit dumtaxat de praelatione agnatorum, quos etiam praeferendos dixit, nedum filiis deficientibus, sed etiam extantibus; subintellecta tamen legitima conditione; *si filii nempe proprio iure vti nolint, vel non possint*. Quam conditionem ideo voco legitimam, ne sequatur absurdum legale, ne scilicet tribuatur praelatio in alienatione feudi potius cognato remotiori, quam filio, qui primo loco a lege inuestiturae ad successionem vocatur.

10. Quamuis praelatio, cognatis concessa in alienatione feudi paterni, non aliunde proficisci dicatur, quam a lege inuestiturae; & hinc nonnisi in feudo ex pacto, & prouidentia, atque in cognatis in gradu successibili positis locum adinuenire debere dicendum; tamen acriter certatum est inter nostros alienigenosque feudistas, num praelatio esset quoque concedenda in alienatione feudorum hereditariorum. Sunt sane vtplurimum feuda in hoc Regno Neapolitano mixtae quidem naturae; cuius mixturae genus in eo positum est, quod corpus feudi sit ex pacto & prouidentia, eiusdem vero pretium sit hereditarium. *Confer. Instit. nostr. Iur. Reg. Neapol. lib. II.* §. 168. Vnde fit, quod vocati ad successionem feudi a lege, seu pacto inuestiturae, priuari quidem nequeunt corpore feudi; possunt tamen grauari, tamquam heredes in ipsius feudi pretio: & quidem ex asse, si vltra filios, in besse vero, deducto nempe triente pro legitima portione, si filii. In feudis ex pacto & prouidentia praelationem tum filiis, cum reliquis cognatis, ex pacto inuestiturae vocatis, praelationem, atque retractum spectare extra dubitationem positum est, ob manifesta iura in *d.* §. *Titius filios masculos in cap.* 1. §. *sed etiam res tit. per quos fiat inuestitura*, & *cap.* 1. §. *do-*

§. *donare*, v. *porro*, tit. *qualiter olim poterat feudum alienari*. Quae vero sunt pura hereditaria feuda, etsi paterna, quum a rebus allodialibus minime discrepent, vt recte aduertit Baldus in *L. 1. q. 34. D. de R. I. & in cap. Imperialem in pr. n. 19. de prohib. feud. alienat. per Frider.* nullum in eorum venditione ius impediendi, vel redimendi oriri dicendum.

11. Quaestio igitur tota exagitatur super feudo mixtae naturae, quod improprie a nostris Pragmaticis *feudum hereditarium* adpellari solet; ea de caussa ita dictum, quod successor quamuis lege inuestiturae vocatus, tamen sine hereditaria qualitate obtinere illud nequit. Quum vero huiuscemodi qualitas e diametro sit opposita qualitati legis, siue pacti, & prouidentiae; nam illa a feudatarii, haec nonnisi a domini directi voluntate dependet; ex hoc factum est, quod, ne altera alteram destrueret qualitatem, DD. reposuere hereditariam in feudi pretio, prouidentiae vero in ipsius feudi corpore. Verum quum ne praescripta quidem distinctione tolleretur oppositio; etenim qualitas hereditaria eius est effectus, vt succedens in pretio feudi, eiusdem corpus accipere nequit sine hereditaria qualitate, *L. 29. D. de V. S. L. 62. D. de R. I.* quae ad factum defuncti, & hinc ad feudi alienationem eum deuincit, eamque impugnare minime debet, adhibitum est salutare beneficium inventarii, quo heres, tamquam si hereditatem non adiisset, omnia sua iura integra aduersus aditionem conseruat, excepto feudi pretio, vltra cuius vires successor minime tenetur, & quo non adhibito, etiam feudi restitutione grauaretur. Soluto hinc, quod feudi pretio correspondet, vel ex asse, vel deducta legitima portione, quae forsan successori debetur, integrum feudi corpus retinere poterit.

12. Quod tamen dictum est de qualitate hereditaria, quae, non adhibito inuentario, excluderet successorem etiam a corpore feudi, ad quod vocatus est ex lege inuestiturae, intelligendum est de alienatione, quae impugnari forsan desideratur post mortem possessoris, non vero de ea, quae optatur reuocari, viuente feudatario, qui alienauit; etenim tunc temporis hereditaria qualitas minime desideratur, vt recte aduertit Camerarius in *Cap. Imperialem, tit. de prohib. feud. alienat. per Frider.* Poterit igitur proximior agnatus, viuente feudi possessore, impedire faciendam, vel reuocare iam factam feudi venditionem, siue in extraneum, siue in agnatum remotiorem, quamuis desit tunc hereditaria qualitas, eo quia viuentis nulla est hereditas, *L. 24. D. de V. S. & L. 62. D. de R. I.* Vnde a tempore Regentis Rouiti inualuit constans opinio, rebus iudicatis confirmata, ius impediendi, & reuocandi feudum alienandum, vel alienatum tam super feudo ex pacto & prouidentia exerceri posse, quam super hereditario mixto. Confer super hac re Ioannem Franciscum de Ponte in *decis.* 11. lata in Collateralí Consilio pro Iulia Muscettola contra Marium Simonettum, patrocinante Muscettolam ipso Scipione Rouito, vt ex eius allegatione penes eundem de Ponte in appendice eiusdem decisionis.

13. Deficiente agnato proximiori, vel quia non potest, vel quia non vult redimere feudum, ab agnato venditum, ob Edictum successorium admittendus erit remotior, *arg. L.1. §.11. D. de success. Edict.* Iniqua hinc semper mihi visa est sententia Vultei *de feud. lib. 1. cap. 11. n. 183.* & Pistoris *lib. 11. quaest. 12. n. 65. & 66.* opinantium, quod praetermisso huiuscemodi iuris exercitio a filio, vel ab agnato proximiori denegetur haec facultas, perpetuoque excludatur ab ea agnatus remotior. Est enim eorum doctrina nedum contra aequam iuris regulam, quae in locum proximiorum ad bonorum possessionem allodialium vocat remotiores, quaeque suum locum pariter adinuenire debet in feudalibus, quum nulla discriminis ratio adsignari possit, sed etiam contra verba feudalis consuetudinis *in lib. II. Feud. cap. 3. §. sed etiam,* vbi Feudista agens de huiuscemodi praelatione, scripsit: *tibi vel alii proximiori*, h. e. tibi agnato proximiori, vel te nolente, aut impotente, liceat redimere alii, qui post te agnatione coniungitur. Porro si in defectum proximiorum remotiores, in gradu successibili positi, non admitterentur ad revocationem feudalem, transirent feuda ad extraneas familias contra finem pacti, & prouidentiae, atque hinc inter huiuscemodi feudum, & mere hereditarium nullum adsignari posset discrimen.

14. Exercendum est autem huiuscemodi ius feudalis retractus, siue redimendi facultas, infra annum a die scientiae venditionis ab agnato factae, quo tempore elapso, statim omne ius euanescit, *lib. II. Feud. cap. 9. §. porro*, & *cap. 26. §. Titius filios &c.* Incipit autem huiuscemodi annus a die scientiae, nec requiritur aliqua denunciatio, multoque minus iudiciaria interpellatio, vel, vt aliquibus videtur, litis contestatio; siquidem, dum lex scientiam dumtaxat exigit, vt ait Vlpianus in *L. 5. §. vlt. D. de administr. & peric.* : *sat est qualiter qualiter rem innotescere*, quod idem IC. firmauit in *L. 20. §. 11. D. de hered. petit.* ibi: *quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denunciauit? an incipiat vsuras debere pecuniae redactae? & puto debere.* Idque magis confirmari videtur constante fori Nostri opinione super consuet. *si quis emit*, tit. *de iur. congr.* quae, dum annum a die scientiae ad retrahendum concedit, nullam neque iudicialem, neque extraiudicialem requiri interpellationem omnes fatentur. Confer Instit. nostras Iuris Regni Neap. *lib. II. §. 104. n.2.* & Napodanum ad d. consuet. *si quis emit*, v. *scientiae.*

15. Sunt qui opinantur, inter quos Vulteius, Pistor, aliique, etiam ignorantes ius redimendi rem feudalem amittere, modo ignorantia non sit supina, & tempus triginta annorum a die venditionis rei feudalis excesserit; & quamuis eorum sententia niti videatur *L. 3. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* qua omne ius eo longissimo tempore euanescere dicitur; mihi tamen in hoc Regno Neapolitano hisce nostris temporibus minime probatur. Etenim quum ob solemnem decisionem nostri S. R. C. Regali rescripto confirmatam anno 17-2. solus temporis lapsus sine requisitis iuris ciuilis,

cano-

canonici, & municipalis nullam inducat praescriptionem; *Confer Instit. nostras Iur. Reg. Neap. Lib. II. §. 111;* & super omnia ius feudale in eo; qui ex alienatione rei feudalis ius retractus haurire potest, exigit scientiam alienationis, recte sequitur spatio triginta annorum ius redimendi rem feudalem contra ignorantem praescribi non posse.

CAPUT XII.

De actione, & processu congrui.

1. *Actiones in iure quid, & earum nonnullae reales, nonnullae personales.*
Reales actiones quibus ex fontibus proficiscuntur; & unde manant personales ib.
Actiones proficiscentes immediate a lege sine facto obligatorio, constituunt tertium genus actionum, quae dicuntur personales scriptae in rem ib.
2. *Cur nonnullae actiones personales cum adiuncto dicuntur scriptae in rem, & quaenam hae sunt.*
3. *Cur actiones, proficiscentes immediate a lege, non sunt simpliciter personales; sed cum adiuncto scriptae in rem.*
4. *Actio retractus ex congruo ob communem DD. calculum est personalis scripta in rem; quia oritur immediate ex naturali aequitate.*
5. *Actio retractus ex congruo, quia scripta in rem, dirigi potest nedum contra emtorem, emphyteutam, vel conductorem, sed etiam contra tertium possessorem, quocumque titulo possidentem.*
6. *Retractus ex congruo, si ex consuetudine Neapolitana exerceatur, nonnisi contra emterem, eiusque vniuersalem possessorem exerceri potest.*
7. *Actionem, qua ius congrui exercetur, nonnulli actionem ex lege, alii retractus ex congruo; alii actionem in factum, vel praescriptis verbis adpellant.*
8. *Actio ex congruo contra possessorem, non contra venditem, neque in eum, qui primum rem alienatam accepit, institui debet.*
Actio retractus non est rescissoria, sed qui retrahit, in locum emtoris extranei subrogatur ib.
9. *Quae forma libelli adhibenda in iudicio retractus.*
10. *Pretii oblatio semper necessaria in iudicio retractus, sed eius solutio, vel depositio non semper necessaria.*
11. *Quae clausulae necessariae in retractus libello; dum fraudi contrahentium est suspicio.*
12. *Actio ex congruo ante consummationem contractus exerceri poterit, sed tunc non est retractus, sed praeuentio, quae fit a vicino contra vicinum, ne in extraneum res congrua alienetur.*
13. *Quodnam decretum interponi solet ad petitionem vicini super libello praeventionis.*
14. *Iudicium retractus executiuum dicitur, sed improprie; exigit enim causae cognitionem, & aliquando terminum probatorium.*
15. *Fraus, a contrahentibus adhibita, non iurisiurandi delatione, sed probationibus, vel coniecturis patefacienda.*
16. *Periti, qui cognoscere debent con-*

X 2 iun-

1. Quae remedia a legibus nobis suppeditantur, vt quod nostrum est, vel quod nobis debetur, in iudicio persequi possimus, *actiones* a ICtis vocantur. Hae vero, si ex iure in re iam constituto nascantur, *vindicationes*, siue *actiones reales* adpellantur; si ex eo; quod nobis ob alterius obligationem debetur, *condictiones*, siue *personales actiones* audiunt. *Illae* aduersus quemcumque possessorem, *hae* vero nonnisi contra obligatum experiri possunt. Sat protritum est in iure, vindicationes, seu reales actiones quatuor dumtaxat ex fontibus manare, ex dominio nempe, vel hereditate, vel seruitute, vel pignore; personales vero vel immediate ex lege, vel mediante facto nostro obligatorio proficiscuntur, ex contractu scilicet, vel quasi, ex delicto, vel quasi delicto. Quae autem immediate a lege, omni remoto facto nostro obligatorio, ortum ducunt, tertium constituunt genus actionum, quia nec mere reales sunt, neque simpliciter personales, sed mixta quodammodo denominatione dicuntur *actiones personales scriptae in rem*. Adpellantur quidem personales, quia nonnisi ex obligatione, at non ex aliquo iure in re nascuntur; & quia exerceri possunt, non quidem contra determinatam personam, sed aduersus quemcumque rei debitae possessorem, hinc denominantur in rem scriptae.

2. Si tamen quaeras, cur nonnullae personalium actionum ad classem earum sint redactae, quae specialiter *scriptae in rem* dicuntur, quaeque idcirco ad similitudinem realium contra quemcumque valent dirigi possessorem; meherele ex quamplurimis, quos peruolutaui interpretibus, qui huiusce discriminis rationem hucusque reddiderit, inuenies neminem. Re tamen mecum acute pluries, atque maturius discussa, id vnum coniectando dici posse sum arbitratus, nempe quod haec peculiaris actionum natura sit constituta super obligationibus, quae immediate a lege ob aequitatem, numquam vero ex iis, quae ex facto obligatorio proficiscuntur; etenim hae semper in classe simplicium personalium subsistunt. Cuius discriminis ratio ex eo ortum ducere mihi videtur, quod obligatio ex contractu, vel delicto proficiscens, determinatam designat personam, quae nobiscum contraxit, vel in nos deliquit; quae vero personae ad dandum, vel faciendum ob aequitatem a lege coguntur, determinatae non sunt, sed obligatio complectitur omnes, qui dare, vel facere possunt; et hinc ex ea obligatione orta actio contra quemcumque experiri potest possessorem.

3. Huiuscemodi est obligatio praelationis ex rerum immobilium congruentia proficiscens. Aequitas enim suadet, vt quod tibi non nocet, alterique prodest, fiat. Possessori sane rei immobilis non nocet, dum alienare

volens per venditionem, emphyteusim, vel locationem, idem pretium, eundem canonem, vel eamdem mercedem, ab extraneo soluendam, a vicino accipiens, huic potius, quam extraneo rem alienandam concedat. Super expositae aequitatis fundamentum Legi, Constitutioni nempe Fridericianae, placuit praelationem ratione congruentiae statuere, et in praescriptis alienationis speciebus potius in congruentem, quam in dissitum possessorem res immobilis transferatur, concessa vicinis retractus actione, ni huic legali praecepto satisfactum fuerit.

4. Quum igitur laudata praelatio ob aequitatem ex lege proficiscatur, eoque legis praecepto quisque vicinus ad illud exequendum cogatur, quamvis obligatio sit personalis, merito tamen est ex classe earum, quae in rem scriptae dicuntur, *arg. L. 67. D. de contrah. empt.* Hac de caussa fere communiter DD. actionem retractus, quae conceditur ob denegatam vicinis praelationem, nedum contra rem alienatam accipientem, sed et contra tertium possessorem concedunt. Quod sane ad huius Constitutionis praecepti executionem ex iusta prudentum interpretatione deducendum erat, ne inutiliter praelatio ab ipsa Constitutione concessa videretur. Facile enim euenire posset, rem alienatam per venditionem, emphyteusim, vel locationem ab eo, qui rem adquisiuit, in tertium possessorem transferri donatione, permutatione, vel alio simili alienationis titulo fauore vicinorum praelationi retractuique minime obnoxio. Confer Gailium *II. obseru. 19. n. 6.* Anton. Gomesium *in L. Taur. 70. in fin.* Prosper. Benedellum *de iur. protom. n. 18.* Petr. Marcell. Corradinum *de iur. praelat. quaest. 3. n. 3. cum ab eo adnotat.*

5. Falluntur hinc, qui sequentes Napodanum *ad consuet. Neapol. si quis emit, v. possidet,* tit. *de iur. congr.* et Horat. Montanum *controu. 12. & seqq.* opinantur, quod ius vicini ad retrahendam rem sine denunciatione alienatam tamdiu durat, quamdiu extraneus emtor ex alienatione rem acceptam possidet. Qua de re apud ipsos valet axioma: *si hodie emo, cras vero dono, cessat retractus.* Merito hinc contra eorumdem sententiam insurgit Robert. Maranta *disput. 9. n. 8. & seqq.* tenens, vicinum nedum contra emtorem, sed et contra eiusdem donatarium, legatarium, permutantem, aliove quocumque titulo possidentem retractus actionem exercere posse. Ea sane perspicua ratione, quam reddidit Paull. *in L. 125. §. 1. D. de R. I. non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit.* Et cum Imperatoribus Theodosio et Valent. *in L. vn. §. res vero, C. de impon. lucrat. descript.* recte huiuscemodi tertiis possessoribus obiurgari potest: *sciens sibi imputet, qui accepit oneratam.*

6. Quod tamen falso in genere contra iustam communem opinionem scripsit Napodanus, in specie retractus ex iure consuetudinario ciuitatis Neapolitanae falsum dici nequit: siquidem ob consuetudinem *si quis emit*, tit. *de iur. congr.* ius retractus a vicino exerceri non potest, nisi contra emtorem eiusque vniuersalem, non vero particula-

rem successorem; ibi enim legitur: *possunt*, nempe vicini, *iure praedicto petere ab emtore eodemque possessore einsque tantum vniuersali successore domum, fundum &c.* Quod sane discrimen maximum constituit inter Constitutionem Fridericianam, & huiusce ciuitatis consuetudinem. Confer. hac de re *Instit. nostr. Iur. Regn. Neap. lib. II.* §. 104. *& seqq.*

7. Quodnam autem sit nomen actionis, quam experiri debent vicini ad obtinendam rem immobilem, iis irrequisitis alienatam, nec Fridericiana Constitutio, nec Neapolitanae consuetudines indicarunt. Quum vero protritum sit in iure, obligationem inductam a noua lege, qua cautum non sit, quo actionis genere vtendum, generali vocabulo condictionis ex lege designari; *L. vn. D. de condict. ex leg. L.* 41. *D. de O. & A.* non immerito DD. nostri actionem proficiscentem ex denegata vicinis praelatione in alienatione praediorum congruentium, actionem congrui, vel actionem retractus ex congruo, vt secerneretur a retractu, qui ex consanguinitate, vel ex conuentione, vel ex credito proficiscitur, denominant, porro condictionem ex Constitutione Fridericiana, aut ex statuto, siue ex consuetudine adpellant. Hodie tamen, quia nomen actionis exprimere in iudicio necesse non habent actores, atque satis est factum describere, quod agendi praebet facultatem, omnes huiuscemodi actiones in factum, vel praescriptis verbis, quasi ex innominato contractu nascentes, recte adpellari posse autumo.

8. Quum huiuscemodi actio sit in rem scripta (supra num. 3.) nonnisi contra rei alienae possessorem est instituenda; imitatur enim naturam actionum realium, quae contra possidentem dirigantur oportet. Falluntur hinc, qui cum Antonio Caputo apud Prosperum Rendellam *v. venditio fiet irrita*, *n.* 1. tenent, contra alienantem, vel contra eum, qui rem alienatam accepit, & inde eandem distraxit, experiundam esse. Natus inde est huiuscemodi error, quod crediderunt, rem contra praeceptum Constitutionis alienatam, in fraudem nempe iuris congruentiae ob *L.* 5. *C. de LL.* non transire in dominium eius, cui alienata fuit. Quod satis erroneum demonstratum est Cap.IX. num.2. & 3. Falluntur quoque, qui opinantur ea de caussa contra primum emtorem, etsi non possidentem, agendum, quia rescindendus est primus alienationis actus, vt contra possessorem actione ex retractu expediri possit. Qui enim vicinus ex congruentia rem petit, non aliud intendit, quam loco primi emtoris, conductoris, vel emphyteutae poni, eique subrogari, in suo remanente robore primo alienationis contractu. Etenim si primus alienationis actus, vel declararetur nullus, vel rescinderetur, oporteret, venditorem, concedentem, vel locatorem nouum efficere debere contractum cum retrahente; quod tamen numquam in hoc iuris articulo auditum fuit. Confer *Petr. Marcell. Corradinum oper. cit. quaest.* 5. *per totam*.

9. Qui igitur in iudicio rem alienatam contra legem congrui petere desiderat, libelli formam eo modo concipiet,

cipiet , vt, exposita in priori eius parte vicinitate fundorum , & in secunda alienationis specie a vicino facta , designato quoque tempore , ex quo vel annus a die scientiae , ex consuetudine , nondum elapsus , vel decennium a die alienationis , non denunciato vicino vel vicinis , ex Constitutione , atque oblato pretio a tabulariis definiendo , si ex eadem consuetudine , vel ab extraneo emtore soluto , aut promisso , si ex Constitutione iudicium instituatur ., aut oblato canone, aut mercede in emphyteusis vel locationis conductionisque contractu constituta , rem alienatam sibi relaxari petat.

10. Nude tamen pretii oblatio haud satis esse videtur ad rem alienatam iure retractus a vicino obtinendam , sed vlterius ab ipsa Constitutione exigi videtur vera , & realis solutio . Legitur enim in ea : *vt intra triginta dies soluendo iustum pretium sine mora &c.* & porro : *si intra statutum tempus iustum pretium non soluerit* . Vnde Pragmatici nostri deduxerunt , quod pretium solutum ab extraneo emtore , saltem sit deponendum a vicino retrahente penes tutum tertium ; quod depositum adeo necessarium esse crediderunt , vt eo deficiente , propositum iudicium retractus nullum esset declarandum . Sed quum narrata Constitutionis verba ad eum pertineant casum , quo vicinus denunciatus rem dumtaxat promissam, sed non adhuc alienatam loco emtoris extranei consequi velit , dum nempe est adhuc locus praelationi , non vero retractui (Cap. II. n. 3.) ad alium casum , re scilicet iam in fraudem congrui alienata , dum proprie iudiciarius retractus exercetur , porrigenda non sunt . Etenim , qui rem venditam tradere non vult , pretium eiusdem exigere non potest , *arg. L. 25. D. de act. empt. & vendit.* praesertim si extraneus emtor,in iudicio conuentus, rem emtam relaxare nolit ; tunc enim expectandus est iudicii exitus , vt cognoscatur iurene , vel iniuria petatur , vel denegetur retractus . Si vero emtor extraneus , in iudicio a vicino ad relaxationem conuentus , paratus se praebeat ad rem ex congruo relaxandam , tunc vlterius audiendus non erit vicinus , nisi prius solutum ab extraneo pretium non deposuerit .

11. Quod si suspicio sit de simulatione generis contractus, vel de quantitate adparentis pretii, aut alia quacunque,de ea simulatione mentio fiat in ipso libello , reseruata ipsi petenti quacumque actione a legibus concessa , vt ea inde in ipso termino probatorio patefacta , vel ex genere alienationis , Constitutioni , vel consuetudini obnoxio , ad rem alienatam relaxandam extraneus emtor , conductor , vel emphyteuta compellatur , vel tantum de pretio , canone , vel mercede minuatur , quantum maioris ad fraudandum vicinum retrahentem simulate constitutum fuit .

12. Nedum perfecta alienatione , sed etiam priusquam ea ad consummationis actum reducatur , vicinus ex iure congrui in iudicio agere potest ; sed quia tunc possessio rei alienandae in eum adhuc translata non est , in quem alienari desideratur , residens interim penes vicinum alienare cupientem , aduersus eum iudicium est instituendum.

Hu-

Huiuscemodi tamen actio proprium iudicium retractus ex congruo non constituit, quod nec perfecto contractu, sed consummato demum alienationis actu, oriri solet. Quae igitur proponitur adversus vicinum, rem adhuc possidentem, sed eam alienare desiderantem, est iudicium praeuentionis, quo nihil aliud petitur, nisi vt vicinus vicinum in alienatione per venditionem dumtaxat, si ex consuetudine, vel per venditionem, emphyteusim, aut locationem, si ex Constitutione, diffito possessori praelatum faciat.

13. In huiusmodi libelli calce decerni solet, quod hic, vel ille non alienet praedium in ipso libello deductum, inconsulta Curia, et inaudito comparente sub poena nullitatis & inualiditatis actus. Quod sane decretum rem alienandam litigiosam facit, & contra quemcumque possessorem, nec in iudicio auditum exequi inde poterit. Gudelinus *de iure nouiss. Lib. III. Cap. vlt. in fine*.

14. Retractus iudicium, quod proprie, & vtplurimum contra possessorem rei in fraudem iuris congrui alienatae institui solet, siue ex Constitutione, siue ex consuetudine Neapolitana proficiscatur, nonnisi executiuo modo tractandum voluit, *pragm. ann.* 1738. §. 1. *art.* 12. quae est 18. *tit. de ordine, & forma iudiciorum*. Advertendum vero, quod licet huiuscemodi iudicium dicatur executiuum; tamen eius initium non est ab executione, & sine vlla caussae cognitione: siquidem oportet ab actore demonstretur congrui fundamentum, quod ex praediorum coniunctione proficiscitur; sed executiuum ideo dicitur hoc iudicium, quia ad eius instructionem nullus probatorius terminus exigitur, sed ex sola peritorum relatione praediorum coniunctio demonstrari sat est, *d. pragm. loc. cit.* Si tamen ex hinc inde a contendentibus allegatis sit dubitatio, & hinc probatorius terminus necessarius iudici videatur, nonnisi summarius adhibendus, vt *laud. pragm. l. c.* praecepit.

15. In ipso probatorio termino patefaciendae sunt fraudes, quae forsan a contrahentibus adhibitae sunt ad laedendos vicinos, siue in genere contractus, siue in pretio adparenter inter ipsos statuto, vel in alia quacumque alienationis circumstantia. Et quamuis Fridericiana Constitutio adigat contrahentes, petentibus vicinis, ad iurisiurandi praestationem, vt abscondita veritas elucescat, statuta poena in periuros amissionis rei et pretii fauore Fisci; hisce tamen nostris temporibus ob praesentissimum periurii periculum, huiuscemodi iusiurandum nec etiam ad vicinorum petitionem a iudicibus deferri solet, sed quaecumque fraus ab ipsis adferitur, vel manifestis probationibus, vel est vrgentibus coniecturis saltem demonstranda.

16. Ad patefaciendum igitur retractus ex congruo fundamentum, duo periti a controuersiae iudice sunt eligendi, postquam suspectorum catalogum a litigatoribus acceperit, quosque ad illum exhibendum altera vice monuerit; vt in omni iudicio comminatorio exequi solet, sic eadem pragm. praecipiente.

17. Absolutis probationibus, vel sola peritorum relatione, a contendentibus minime impugnata, vel post impu-

pugnationem discussa, aut si probatorius terminus fuerit adhibitus, et in eo instrumenta, vel testes veritatem patefecerint; tunc iudex, vel reum absoluet, et actorem in litis expensas damnabit; vel si ex opposito iure institutum ab actore iudicium adparebit, reum ad rem petitam relaxandam, cum litis expensis multabit. Et cum saepe eueniat, huiuscemodi actores pretium rei ex vendito retrahendae, vel in publico banco, vel apud iudicem aliamue idoneam personam deposuisse, eamque pecuniam per tempus iudicii forsan non breue infructuosam mansisse, reum quoque ad omnes fructus petitae rei a tempore iudicii moti actori restituendos damnabit. Verum quum liquidatio fructuum perceptorum, et forsan eorum, qui percipi poterant, sit difficillima, idcirco iudices nostri ad impediendam nouam iudiciariam disceptationem, quae necessario oriretur, ipsum reum damnare solent ad pecuniae depositae interesse; statuta quantitate quatuor ducatorum, et aliquando quinque pro quolibet centenario.

18. Expleto hoc iudicio, non raro inter eosdem litigatores noua controuersia exoriri solet, an nempe liceat actori iudicii victoriae renunciare: & quod saepius euenire solet, promoto iudicio, an eidem actori liceat poenitere. Dissentiunt in hac controuersia, nedum DD. sententiae, sed et supremorum tribunalium decisiones. Quaestionem hanc cum multis limitationibus exagitatam inuenies apud Petr. Marc. Corradinum *de iur. praelation. quaest.* 21. *per tot.* Nostrum S. C. apud de Franchis *decis.* 346. definiuit licere; sed contra hanc decisionem disputauit Canon. de Luca *sua obseruatione*, et Senatus Burdegalensis apud Boërium decis. 48. negatiue definiuit. Quam sane semper probaui ob ligamen quasi contractus, quod oritur ex litis contestatione, quod alterum ab altero litigatore sine vtriusque consensu minime dissoluit. Tu igitur tanquam caussarum patronus ad defensionem vtriusque opinionis fundamentum adinuenies, et tanquam iudex boni viri arbitrio vteris.

FINIS.



Admodum Reuerendus Dominus D. Caietanus Dorelli S. Th. Professor reuideat; & in scriptis referat. Die 12. Iunii 1784.

A. E. ORTHOS. VIC. GEN.

JOSEPH ROSSI CAN. DEP.

PRINCEPS EMINENTISSIME.

TRactatus de iure congrui ab V. J. D. D. Orontio Figherio perdocte elaboratus, nil contra Deum bonosque mores continet; si Eminentiae tuae libuerit, committi typis posse censeo.

Eminentiae Tuae.

Umillimus addictissimus Cliens
Caietanus Durelli.

Attenta relatione Domini Reuisoris imprimatur. Die 9. Iulii 1784.

A. E. ORTHOS. VIC. GEN.

JOSEPH ROSSI CAN. DEP.

V. I. D. D. Joseph Maffeius in hac Regia Studiorum Vniuersitate Professor reuideat Autographum enunciati Operis, cui se subscribat, ad finem reuidendi ante publicationem, num exemplaria imprimenda concordent ad formam Regalium Ordinum; & in scriptis referat. Datum Neap. die 24. Martii 1784.

I. A. TARSENSIS C. M.

S. R. M.

IVssu tuo legi librum Cl. iurisconsulti D. Orontii Figherii de iure *προτιμήσεως*. In eo vir eximius commentarium facit in Constitutionem *Sancimus de iure προτιμήσεως*, atque in omnes Neapolitanas consuetudines *de iure congrui*. Atque in eo omnes quæstiones, quæ de ea re occurrere solent, miro ordine tractat, atque erudite, et solide examinat; quod in foro versantibus apprime vtile est. Nec quidquam animaduerti, quod aut regiis iuribus, aut bonis moribus aduersetur; quare edendum censeo, nisi aliud Tibi sapientissimo Regi fuerit visum. Neapoli postridie Nonas Majas 1784.

Humillimus atque addictissimus
Josephus Maffeius

Die 21. mensis Junii 1784. Neapoli.

Viso Rescripto suæ Regalis Majestatis sub die 29. mensis Maij currentis anni, ac relatione V. J. D. D. Josephi Maffei, de commissione Reuerendi Regii Cappellani Maioris ordine præfatæ Regalis Maiestatis.

Regalis Cameræ Sanctæ Claræ prouidet, decernit, atque mandat, quod imprimatur cum inserta forma præsentis supplicis libelli, ac approbationis dicti Reuisoris; Verum non publicetur nisi per ipsum reuisorem, facta iterum reuisione, affirmetur, quod concordat seruata forma Regalium ordinum, ac etiam in publicatione seruetur Regia Pragmatica hoc suum.

SALOMONIVS. PATRITIVS. CARAVITA. TARGIANI.

Vidit F. R. C.

Illustris Marchio Citus Præses, & Illustris Marchio Avena tempore subscriptionis impediti.

Reg.

Athanasius.